# النظرية العامة للالتزام
## أحكام الالتزام

# النظرية العامة للالتزام
# أحكام الالتزام

دكتور
**محمد حسين منصور**
أستاذ القانون المدنى
جامعة الإسكندرية

٢٠٠٦

دار الجامعة الجديــدة
٢٨ شارع سوتير - الأزاريطة - الإسكندرية ت : ٤٨٦٨٠٩٩
*E-mail : darelgamaaelgadida@hotmail.com*

بسم الله الرحمن الرحيم

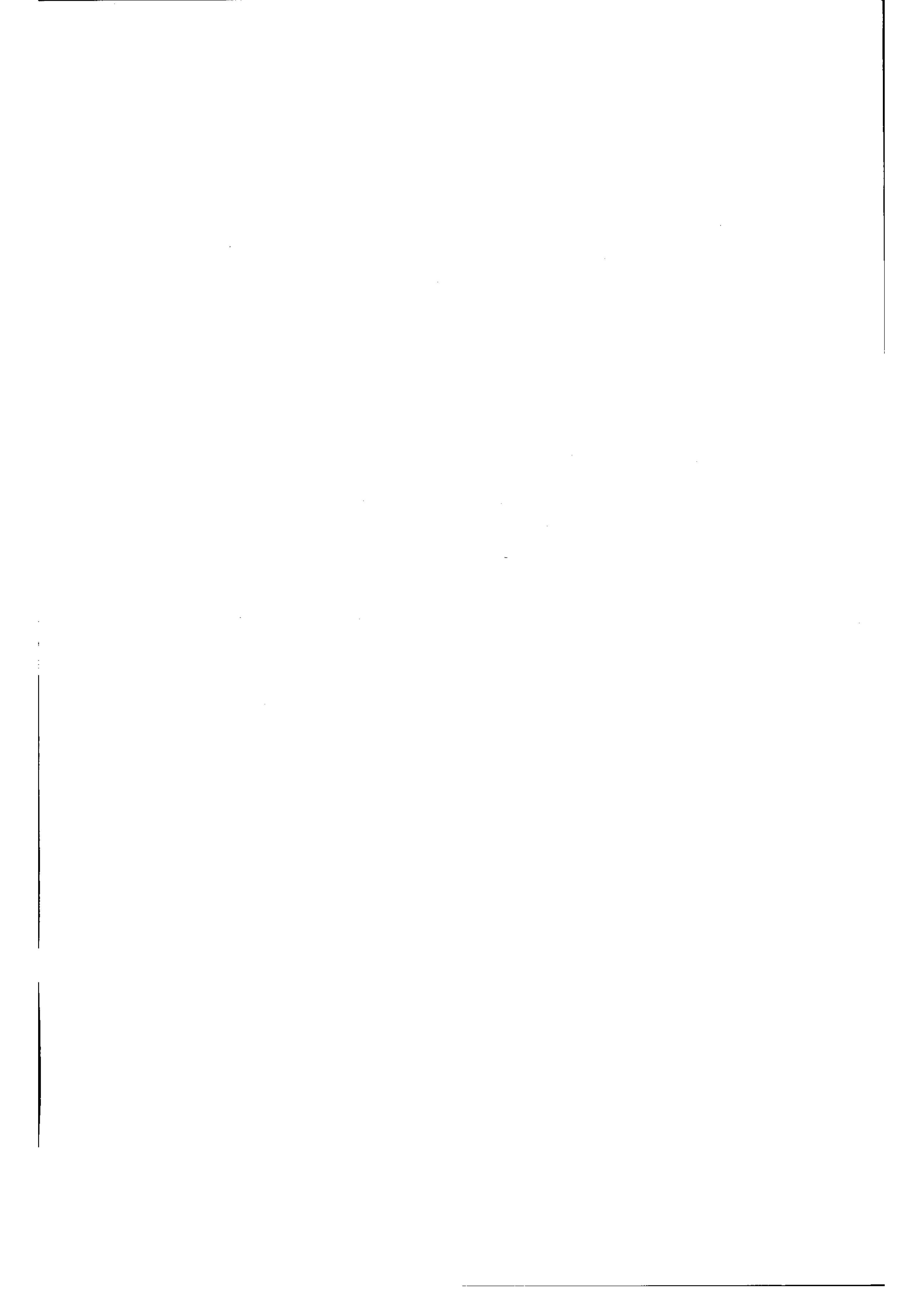
وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ(٤٤)

وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ(٤٥)

وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ(٤٧)

صدق الله العظيم

(الآية ٤٤،٤٥،٤٧ - سورة المائدة)



# تمهيد

تمثل أحكام الإلتزام الجزء الثانى من النظرية العامة للإلتزام، فبعد دراسة مصادر الإلتزام تأتى المرحلة الثانية وهى التعرف على أحكامه أى معرفة القواعد القانونية التى تنظم تنفيذه وأوصافه وانتقاله وانقضاءه.

وتشكل تلك الأحكام حجر الأساس فى قانون الأئتمان الذى شهد تطورات هائلة فى العصر الحديث، حيث تتضمن حق الضمان العام للدائنين ووسائل حمايته والمحافظة عليه، والوسائل والأساليب الفنية التى تكفل حصول الدائن على حقه، وحمل المدين على تنفيذ إلتزامه وضمانات هذا التنفيذ.

فإذا نشأ الإلتزام صحيحاً، فإنه يرتب آثاراً قانونية معينة على عاتق المدين به تتعلق بتنفيذه وجزاء الامتناع عن ذلك. والإلتزام قد يكون بسيطاً، وقد تلحقه أوصاف خاصة تؤثر فى أحكامه. ويجوز أن ينتقل الإلتزام فى جانبه السلبى أى من حيث المدين به، ويمكن أن ينتقل فى جانبه الإيجابى أى من حيث الدائن به. وأخيراً فإن الإلتزام ينقضى بعدة أسباب سواء أكان ذلك بالوفاء أو ما يقوم مقامه أو بغير الوفاء.

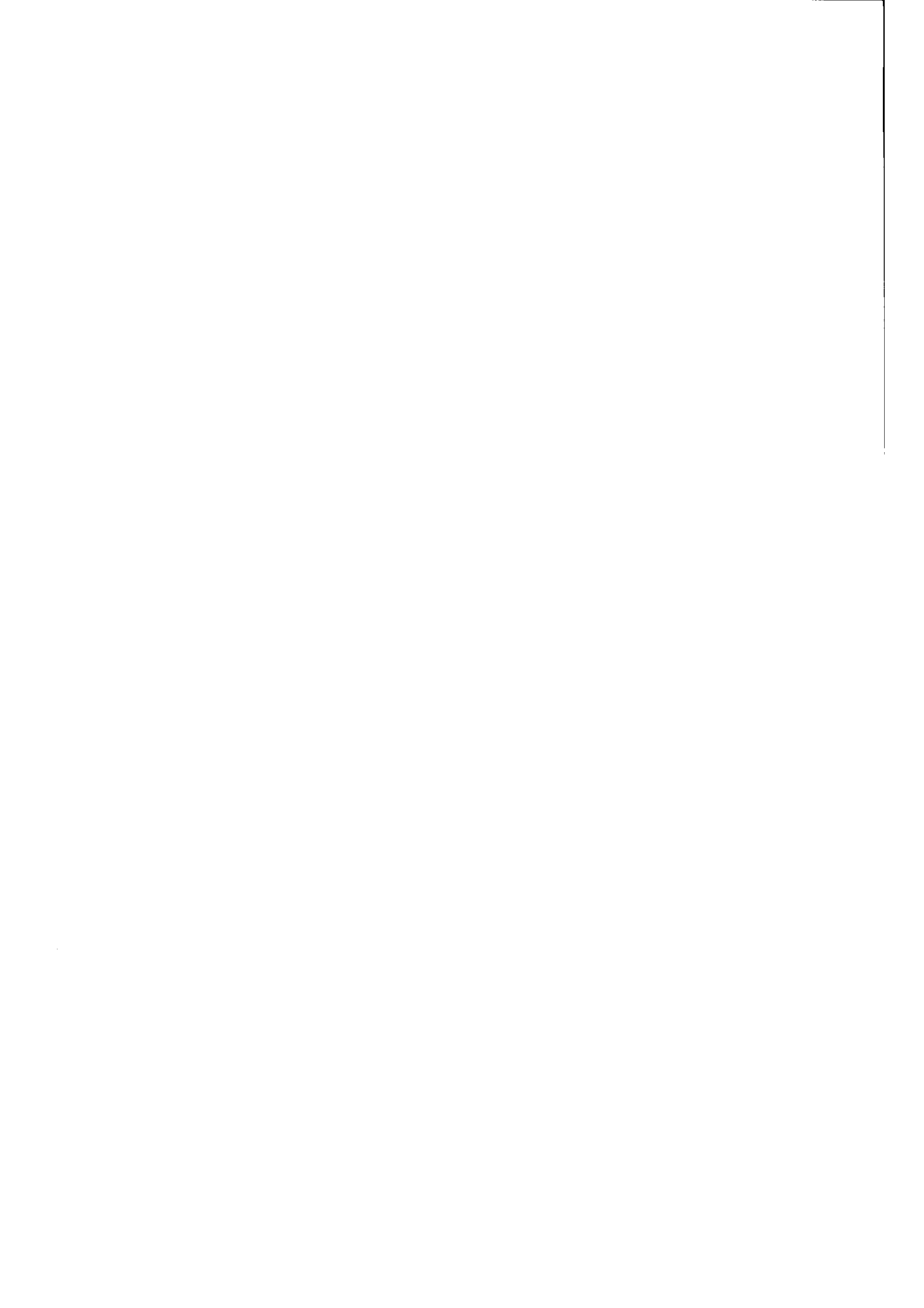
وهكذا تتحدد خطة دراسة أحكام الإلتزام فى أبواب خمسة على النحو التالى:

الباب الأول: آثار الإلتزام.

الباب الثانى: أوصاف الإلتزام.

الباب الثالث: انتقال الإلتزام.

الباب الرابع: انقضاء الإلتزام.



# الباب الأول

## آثار الإلتزام

إن الأثر الطبيعى للإلتزام الذى ينشأ فى ذمة شخص ما هو الوفاء بهذا الإلتزام، فالأثر الأصلى للإلتزام هو وجوب الوفاء به، أما فى حالة عدم قيام المدين بالوفاء بالإلتزام من تلقاء نفسه، فإن القانون يضع السلطة العامة فى خدمة الدائن لإجبار المدين على تنفيذ إلتزامه.

والأصل فى التنفيذ أن يكون بعين ما إلتزم به المدين وبالشروط التى نشأ بها إلتزامه أى أن يكون تنفيذ الإلتزام تنفيذاً عينياً. ولكن فى بعض الأحوال يضطر الدائن إلى الاكتفاء بالحصول على مقابل لما إلتزم به المدين، فيكون التنفيذ فى هذه الحالة تنفيذاً بمقابل أو بطريق التعويض.

وحتى يضمن القانون وفاء المدين بإلتزاماته، فقد وضع أمام الدائنين عدة طرق للمحافظة على الضمان العام للمدين وتفيهم مضار انتقاص هذا الضمان بسبب إهماله أو غشه، وذلك مثل الدعوى المباشرة، والدعوى غير المباشرة، والدعوى البوليصية، ودعوى الصورية، هذا بالإضافة الى نظام إعسار المدين والحق فى الحبس.

والتنفيذ الجبرى لا يكون إلا بصدد الإلتزامات المدنية دون الإلتزامات الطبيعية، فالإلتزام المدنى يتضمن عنصرين: المديونية والمسئولية، أما الإلتزام الطبيعى فهو مجرد من عنصر المسؤولية. إذ

يشترك الإلتزام المدنى مع الإلتزام الطبيعى فى عنصر المديونية، أى أن القانون يوجب الوفاء بكل منهما، ولكن الوفاء بالإلتزام الطبيعى يظل اختيارياً للمدين ولا يجوز الإجبار على تنفيذه.

**خطة البحث :**

وعلى هذا نقسم هذا الباب إلى خمسة فصول على الترتيب التالى:

**الفصل الأول:** لدراسة الطريق الطبيعى لتنفيذ الإلتزام أى التنفيذ العينى.

**الفصل الثانى:** لدراسة الطريق الاحتياطى للتنفيذ وهو التنفيذ بمقابل.

**الفصل الثالث:** لدراسة ما خوله القانون للدائن من ضمانات على أموال المدين.

**الفصل الرابع:** لدراسة وسائل حماية الأئتمان.

**الفصل الخامس:** لدراسة الالتزام الطبيعي.

# الفصل الأول

## التنفيذ العينى

### التنفيذ العينى هو الأصل :

الأصل فى تنفيذ الإلتزام أن يكون عيناً، أى تنفيذ عين ما إلتزم به المدين، بالطريقة المحددة له بحكم القانون أو الاتفاق. ومعنى هذا أن للدائن الحق فى المطالبة بالتنفيذ العينى. ولا يجوز للمدين أن يمتنع عنه، بل يجبر على القيام به متى كان ذلك ممكناً. ولا يستطيع المدين إجبار الدائن على قبول التنفيذ عن طريق التعويض.

والتنفيذ العينى حق للمدين كذلك، يلتزم الدائن بقبوله من المدين إذا عرض القيام به، ويمتنع على الدائن رفضه والعدول عنه الى طلب التعويض، ذلك أن التنفيذ بطريق التعويض ليس إلا وسيلة إحتياطية للتنفيذ، ولا يجوز اللجوء إليها إلا عند تعذر تنفيذ ذات الإلتزام[1].

---

(١) ومن التطبيقات القضائية لذلك قضاء محكمة النقض أن للزوجة الحق فى أن تطالب زوجها برد المنقولات المملوكة لها والتى فى حيازته، ولها أن تطالب بقيمة هذه المنقولات إذا لم توجد. فإذا اكتفت الزوجة بأن طلبت من أول الأمر الحكم لها بقيمتها دون أن تثبت ضياعها أو تعذر الحصول عليها، فإنه يجب رفض دعواها (نقض ١٩٥٢/٦/١٢ المجموعة س٣ ص١١٨٧). أنظر مؤلفنا في مسكن الزوجية، ١٩٩٢ .

ولما كان ذلك، وكان المطعون ضدهم قد قصروا دعواهم على طلب التعويض، وكان البين من الأوراق أن الطاعن عرض عليهم تنفيذ إلتزامه عيناً بأن أبدى استعداده =

أما إذا اقتصر الدائن على المطالبة بالتعويض، ولم يعرض المدين التنفيذ العينى، تعين على القاضى، فى هذه الحالة الحكم بالتعويض، لأن ذلك يكون بمثابة اتفاق بين الطرفين على ارتضاء التنفيذ بمقابل. القاعدة إذن هى أنه لا يجوز العدول عن التنفيذ العينى، إذا كان ممكناً، إلا بتراضى كل من الدائن والمدين صراحة أو ضمناً على التنفيذ بطريق التعويض.

وتعبر المذكرة الايضاحية عن ذلك بقولها «إذا كان تنفيذ الإلتزام يدخل فى حدود الإمكان فمن حق الدائن أن يستأديه. ومن حق المدين أن يعرض القيام به، وليس يجوز العدول عن هذا التنفيذ إلى طريق التعويض إلا بتراضى المتعاقدين، ذلك أن التعويض لا ينزل من التنفيذ العينى منزلة إلتزام تخييرى أو إلتزام بدلى، فهو ليس موكولاً للتخيير، لأن رخصة العدول عن الوفاء عيناً إلى الوفاء بمقابل غير ثابتة لأى من المتعاقدين، سواء فى ذلك المدين أو الدائن، فمن واجب الأول أن يعرض الوفاء عيناً، ومن واجب الثانى قبول هذا الوفاء، وهو ليس بالبديل لأن المدين لا يملك عرض العوض النقدى ما بقى الوفاء العينى ممكناً».

تقتضى دراسة التنفيذ العينى بحث موضوعات ثلاثة هى: شروط

---

= لتسليم المنقولات المتنازع عليها كما طلب إثباتاً لجديته ندب خبير لمطابقة المنقولات التى أبدى استعداده لتسليمها على المنقولات المثبتة بالشكوى والموضحة بصحيفة الدعوى مما كان معه على محكمة الاستئناف أن تعمل بموجب هذا العرض ولو لم يطلب المطعون ضدهم التنفيذ العينى أو أصروا على طلب التعويض، غير أن الحكم المطعون فيه التفت عن دفاع الطاعن فى هذا الخصوص ولم يعن ببحثه مع أنه دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى لو ثبت إمكان التنفيذ العينى، وإذ قضى الحكم بالتعويض دون اعتداد بما أبداه الطاعن من استعداد لرد المنقولات عيناً ودون ثبوت ضياعها أو انتفاء جدية الاستعداد لتسليمها، فإنه يكون قد خالف القانون (نقض ١٩٧٩/٦/٢٠ س١٩ ص٧٠٣)

الحكم بالتنفيذ العينى، موضوع التنفيذ العينى، وسائل جبر المدين على التنفيذ العينى. ونعرض لتلك الموضوعات فى المباحث التالية على التوالى:

## المبحث الأول

## شروط الحكم بالتنفيذ العينى

ويجبر المدين بعد اعذاره.. على تنفيذ إلتزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً، على أنه إذا كان فى التنفيذ العينى إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً»[1].

يتضح من ذلك أنه يشترط للحكم بإجبار المدين على تنفيذ إلتزامه تنفيذاً عينياً توافر شروط ثلاثة هى:

### أولاً: أن يكون التنفيذ العينى ممكناً:

إذا أصبح تنفيذ الإلتزام عيناً مستحيلاً، فإنه يمتنع الحكم على المدين به، حيث لا يتصور المطالبة بما يستحيل تنفيذه، ويتعين العدول عنه إلى التنفيذ بمقابل.

واستحالة التنفيذ قد ترجع إلى فعل المدين، أو إلى سبب أجنبى لا يعزى إليه ولا يد له فيه. فإذا استحال التنفيذ بخطأ المدين، لم يكن هناك مفر من الحكم بالتنفيذ عن طريق التعويض. كإلتزام أمين النقل بتسليم البضاعة فى مكان معين إذا هلكت تلك البضاعة بتقصير منه، وكتعهد محام برفع استئناف عن حكم معين إلا أنه يتوانى عن ذلك حتى ينتهى معياد الاستئناف.

---

(١) م٢٠٣ مدنى. نقض٦/٦/٢٠٠١ طعن ٤٦٢٢ س٦٣ق (يتعلق بالتزام المستأجر العين بعدم إجراء تعديلات في اليعن المؤجرة).

أما إذا أثبت المدين أن الاستحالة ترجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه، فإن الإلتزام ينقضى، دون أن يكون المدين ملتزماً بالتعويض كما فى حالة هلاك الشئ المبيع بقوة قاهرة قبل تسليمه إلى المشترى.

ويلاحظ أن الإلتزام بدفع مبلغ من النقود يمكن دائما تنفيذه عيناً، ولا يعتبر تنفيذه مستحيلاً لمجرد كون المدين معسراً، لذا يجب فيه دائما إلزام المدين بالتنفيذ العينى، ولا يتصور الحكم بالتعويض عن عدم تنفيذ هذا الإلتزام، إلا أنه يجوز التعويض عن التأخر فى التنفيذ.

أما عن الإلتزامات الأخرى، فيمكن أن يصبح التنفيذ العينى مستحيلا بفعل المدين. ففى الإلتزام بنقل حق عينى أو إنشائه على شئ، يصبح التنفيذ العينى مستحيلاً إذا تسبب المدين فى هلاك الشئ أوقام بنقل ملكيته إلى شخص آخر[1].

وإذا كان محل الإلتزام عملاً يجب أن يقوم به المدين شخصياً، إلا أنه امتنع عن القيام به، هنا يصبح التنفيذ العينى غير ممكن، ولا يمكن إجبار المدين على ذلك لأن هذا التنفيذ لا يتحقق إلا إذا قام به مختاراً، ولا مفر فى هذه الحالة من الالتجاء إلى التنفيذ عن طريق التعويض. ويمكن للقاضى أن يلجأ قبل ذلك إلى طريق التهديد المالى للضغط على المدين ليقوم بتنفيذ إلتزامه. مثال ذلك تعهد ممثل بالاشتراك فى تقديم مسرحية، أو مطرب بإحياء حفل أو فنان برسم صورة.

إلا أنه ينبغى ملاحظة، أنه بالنسبة للإلتزام بنقل حق عينى والإلتزام بعمل، تسمح طبيعة الإلتزام أحياناً، بأن يقوم حكم القاضى فيه مقام التنفيذ، كتنفيذ الإلتزام بنقل ملكية عقار أو تنفيذ الوعد بالبيع. فى هذه

---

(١) انظر مؤلفنا في بطلان البيع الثاني، ١٩٩٣ .

الحالات يكون التنفيذ العينى ممكناً بحكم القانون أو بحكم القاضى.

ويصبح تنفيذ الإلتزام بعمل مستحيلاً إذا كان واجب التنفيذ فى ميعاد معين، إلا أن المدين فوت هذا الميعاد، كمطرب تخلف عن الغناء فى مناسبة معينة، وكمحام فوت ميعاد إستئناف الحكم، هنا لا يجدى التنفيذ العينى، ولا مناص من الاقتصار على طلب التعويض[1].

وإذا لم يُحدد ميعاد للتنفيذ جاز الوفاء عيناً مادامت الظروف تسمح بذلك، دون أن يُخل ذلك بداهة بحق الدائن فيما يجب له من تعويض عن التأخير. ويجوز للدائن أن يحدد للمدين ميعاداً مناسباً للوفاء عيناً، وأن يشفع هذا التحديد بإبلاغه أنه لن يقبل منه الوفاء بعد انقضاء هذا الميعاد، فعندئذ يمتنع الوفاء العينى بعد انقضاء الموعد المحدد.

وبالنسبة للإلتزام بامتناع عن عمل، يصبح التنفيذ العينى مستحيلاً إذا قام المدين بالعمل الممنوع عنه، ويتحقق ذلك إذا كان الامتناع مطلوبا عن الفترة التى أخل فيها المدين بإلتزامه، أو كان من المستحيل إزالة آثار المخالفة. أما إذا كان من الممكن إزالة ما وقع

---

(١) وقضى بأن «طلب التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض قسيمان يتقاسمان إلتزام المدين ويتكافآن قدراً بحيث يجوز الجمع بينهما إذا تم التنفيذ العينى متأخرا، فإن كانت الدعوى قد رفعت أمام محكمة أول درجة بطلب رد أسهم أو قيمتها فإن الطلب على هذه الصورة ينطوى على طلب التنفيذ العينى والتنفيذ بطريق التعويض. ومن ثم فليس هناك ما يمنع المدعى حينما يتراخى التنفيذ العينى بحيث يصيبه الضرر من أن يطلب تعويضاً عن هذا الضرر. (نقض ١٩٦٣/٣/٢٨ س١٤ ص٤١٣). نقض ٢٠٠١/٦/٢٤ طعن ١٢٢٨ س٦٧ق.

مخالفاً للإلتزام، فإنه يمكن التنفيذ العينى على نفقة المدين بترخيص من القضاء، ويمكن أن يضاف إليه تعويض نقدى عن الضرر الذى حدث بسبب المخالفة(١).

يتضح مما سبق أن الحكم بالتنفيذ العينى يقتضى أن يكون هذا التنفيذ مازال ممكناً، «فإذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بإلتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه»(٢).

### ثانياً- ألا يكون فى التنفيذ العينى إرهاق للمدين:

إذا كان التنفيذ العينى مرهقاً للمدين، جاز له أن يقتصر على تعويض الدائن عنه. فالتنفيذ العينى ممكن، إلا أن إجبار المدين على القيام به من شأنه أن يلحق به ضرراً فادحاً لا يتناسب مع ما سيلحق الدائن من ضرر نتيجة عدم التنفيذ.

فالقاعدة هى عدم جواز العدول إلى طريق التعويض ما بقى التنفيذ العينى ممكناً، ولكن المشرع أباح للمدين، على سبيل الاستثناء، أن يعمد إلى التعويض النقدى إذا كان يصيبه من وراء التنفيذ العينى ضرر فادح لا يتناسب مع ما يحيق بالدائن من جراء التخلف عن الوفاء عيناً، فى هذه الحالة لا يسوغ للدائن أن يطالب بالتنفيذ العينى، بل

---

(١) إن تنفيذ الإلتزام إما أن يكون عينياً فيقوم المدين بأداء عين ما إلتزم به أو تنفيذه عن طريق التعويض. والتعويض قد يكون نقداً أو عيناً بإزالة المخالفة التى وقعت إخلالاً بالإلتزام (نقض ١٠/٥/٧٧/١ س٢٨ ص١١٥٨).

(٢) م٢١٥ مدنى. السنهورى، الوسيط، جـ٢ ص١٠

يقتصر حقه على المطالبة بأداء التعويض الواجب له[1].

ويختص قاضى الموضوع بتقدير مدى إرهاق التنفيذ العينى للإلتزام، للمدين، وذلك من خلال ظروف كل حالة على حدة.

ولا يدخل فى معنى الإرهاق الذى يحول دون التنفيذ العينى مجرد الصعوبة أو زيادة التكاليف نتيجة لارتفاع الأسعار أو الرسوم، أو الضرائب، ولكن يقصد به الصعوبة الشديدة أو الخسارة غير العادية التى يتكبدها المدين، بسبب تنفيذ الإلتزام، نتيجة ظروف عامة أو خاصة به، ويكون من شأن ذلك أن الفائدة التى ستعود على الدائن من التنفيذ العينى لا تتناسب مع الضرر الذى سيصيب المدين منه.

فيجب إقامة التوازن بين مصالح الدائن ومصالح المدين، فإذا كان من الممكن تفادى إرهاق المدين، ولو بضرر يسير للدائن، جاز أن يحل

---

(١) لئن كان الأصل أن للدائن المطالبة بتنفيذ إلتزام مدينه عيناً إلا أنه يرد على هذا الأصل استثناء تقضى به المادة ٢/٢٠٣ أساسه ألا يكون هذا التنفيذ مرهقاً للمدين، إذ يجوز فى هذه الحالة أن يقتصر على دفع تعويض نقدى إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً فإذا كان الحكم قد أقام قضاءه على أن تنفيذ المؤجرة إلتزامها بتركيب المصعد ليس من شأنه إرهاقها لأنه سوف يعود عليها بالفائدة بإضافته إلى ملكها والانتفاع بأجرته الشهرية المتفق عليها، وكان هذا القول من الحكم لا يؤدى إلى انتفاء الإرهاق عن المؤجرة إذ يشترط لذلك ألا يكون من شأن تنفيذ هذا الإلتزام على حسابها بذل نفقات باهظة لا تتناسب مع ما ينجم من ضرر بالمستأجر من جراء التخلف عن تنفيذه، فإن الحكم يكون قد حجب نفسه عن بحث مدى الإرهاق الذى يصيب الطاعنة بتركيب المصعد لمقارنته بالضرر الذى يلحق بالمطعون عليه من عدم تركيبه مما يعيب الحكم بمخالفة القانون والقصور فى التسبيب (نقض ١٩٦٦/٢/١ س١٧ ص٢٢١).

التعويض النقدى محل التنفيذ العينى. أما إذا كان العدول عن التنفيذ العينى إلى التعويض سيلحق بالدائن ضرراً جسيماً، فإنه يجب إلزام المدين بالتنفيذ العينى حتى ولو كان فى ذلك إرهاق له لأن ذلك هو الأصل، والدائن أولى بالرعاية لانعدام التعسف من جانبه، إذا هو أصر على التنفيذ العينى.

ويمكن إرجاع ذلك إلى مبدأ عدم جواز التعسف فى استعمال الحق، حيث يكون استعمال الحق غير مشروع، إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. وتطبيقاً لذلك يعتبر الدائن متعسفاً إذا أصر على طلب التنفيذ العينى بعد أن يتبين من الظروف أنه مرهق للمدين، دون أن تكون هناك فائدة كبيرة منه تعود على الدائن. ويكون فى التعويض النقدى ترضية كافية له.

ومن الأمثلة على ذلك إلتزام مالك الأرض بعدم تجاوز حد معين فى الارتفاع بالبناء أو فى مساحة رقعته، ولكنه يقوم بالبناء خلافاً لما يفرضه عليه الإلتزام، فمن واجب القاضى فى هذا المقام أن يوازن بين مصالح ذوى الشأن وأن يتحاشى تحميل المدين تضحيات جسام درءاً لضرر ضعيف، ومن ثم يمكن العدول عن التنفيذ العينى (هدم البناء) والاكتفاء بتعويض الدائن بهذا الإلتزام (الجار مثلاً)[1].

---

(١) وتنص المادة ١٠١٨ مدنى على ذلك بقولها: «١- إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار فى البناء عليه كيف شاء، كأن يمنع من تجاوز حد معين فى الارتفاع بالبناء أو فى مساحة رقعته فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات التى فرضت لمصلحتها هذه القيود، هذا ما لم يكن هناك =

## ثالثاً- ألا يكون فى إجبار المدين على التنفيذ العينى مساس بحريته الشخصية:

قد يكون التنفيذ العينى ممكناً وغير مرهق للمدين، ويستلزم إنجازه تدخل المدين شخصياً، أى أن تدخل المدين ضرورى لتنفيذ الإلتزام، فلا يتحقق إلا إذا قام به المدين بنفسه. ولكن المدين يصر على عدم التنفيذ. فى هذه الحالة يمتنع إجبار المدين على التنفيذ العينى ويتقصر حق الدائن على طلب التعويض، لأن جبر المدين على القيام بالعمل يشكل مساساً بحريته الشخصية، فضلاً عن أن القهر يكون غير منتج فى هذه الحالة. مثال ذلك إلتزام الفنان أو الطبيب أو الرسام.

وإذا كان من غير الجائز إجبار المدين بطريق مباشر على الوفاء إلا أنه يجوز أن يستعمل القاضى، لحثه على الوفاء بإلتزامه عيناً، وسيلة غير مباشرة على أمواله هى الغرامة التهديدية. حيث يلزمه القاضى بدفع مبلغ معين عن كل مدة زمنية يتأخر فيها عن الوفاء. فإذا لم تجد هذه الوسيلة، لم يكن هناك مفر سوى الحكم بالتعويض الذى يتناسب مع ما أصاب الدائن من ضرر على ضوء مدى العنت الذى أبداه المدين.

---

= اتفاق يقضى بغيره. ٢- وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة بإصلاحها عيناً، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك».

ومن تطبيقات نفس المبدأ نص المادة ٩٢٨ مدنى على أنه «إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة، جاز للمحكمة إذا رأت محلاً لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء نظير تعويض عادل».

**رابعاً- طلب الدائن التنفيذ العينى، بعد اعذار المدين:**

يجب الحكم بالتنفيذ العينى إذا طلبه الدائن وكان ممكناً وغير مرهق للمدين[1]. إلا أنه يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين صراحة أو ضمناً، على التعويض بدلاً من التنفيذ العينى.

ويلزم اعذار المدين لإجباره على القيام بالتنفيذ العينى. فلا يجوز اتخاذ إجراءات فسر المدين على التنفيذ إلا بعد إخطار الدائن له بضرورة التنفيذ. وسنعرض لذلك بمناسبة التنفيذ بطريق التعويض.

## المبحث الثاني

## موضوع التنفيذ العيني

**مبدأ حسن النية فى التنفيذ :**

يجب على المدين أن يقوم بتنفيذ إلتزامه مختاراً، وأن يكون التنفيذ طبقاً لما يوجبه مبدأ حسن النية، وأن يقوم المدين بتنفيذ تعهده بما يطابق نية الطرفين عند التعاقد وطبقاً للأمانة والثقة المتبادلة التى

---

(١) ويأخذ التعويض العينى حكم التنفيذ العينى، فقد قضى بأن التعويض العينى عن الفعل الضار هو الأصل، ولا يصار إلى عوضه أى التعويض النقدى إلا إذا استحال التعويض عيناً. فإذا رفع المضرور دعواه مطالباً بتعويض نقدى، وعرض المدعي عليه التعويض عيناً- كرد الشئ المغتصب- وجب قبول ما عرضه، بل لا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها إذا هى إعتمدت موجب هذا العرض ولو لم يطلب المدعى ذلك أو أصر على ما يطلبه من تعويض نقدى، وعلى ذلك فإذا استولت جهة الإدارة على عقار دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية، فقاضاها المالك مطالباً بقيمة العقار، وأبدت الإدارة أثناء سير الدعوى استعدادها أن ترد الأرض المغتصبة وقضت المحكمة للمدعى بقيمة الأرض دون أن تعتبر باستعداد المدعى عليه للرد ودون أن تنفى استحالة الرد أو جدية الاستعداد له فإن حكمها يكون قد خالف القانون (نقض ١٩٤٨/١٢/١٦- مجموعة عمر ٥ ص٦٨٢)

يوجبها شرف التعامل.

وقد نص المشرع على هذا المبدأ بمناسبة تنفيذ العقد، حيث ينبغي أن يتم طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية[1]، ذلك أن أغلب تطبيقات مبدأ حسن النية فى التنفيذ إنما تظهر فى نطاق الإلتزامات التعاقدية، إلا أن ذلك المبدأ أصبح عام التطبيق فى تنفيذ كافة الإلتزامات أياً كان مصدرها.

فمن مقتضيات مبدأ حسن النية أن ينفذ العقد طبقاً للغرض الحقيقى الذى رمى إليه المتعاقدان، فالبائع يجب أن يسلم الشئ المبيع إلى المشترى مع ملحقاته وكل ما أعد لاستعماله وذلك طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين.

تختلف طريقة التنفيذ فى كل إلتزام عنها فى غيره، وذلك بحسب محل الإلتزام وما يقتضيه من المدين. وينقسم الإلتزام بالنسبة إلى محله، إلى أنواع ثلاثة: الإلتزام بنقل حق عينى أو إنشائه (إعطاء شئ) الإلتزام بعمل، الإلتزام بامتناع عن عمل.

## المطلب الأول

## تنفيذ الالتزام بنقل حق عيني (الالتزام بإعطاء)

قد يكون موضوع الإلتزام إعطاء شئ كنقل حق عينى عليه أو إنشائه مثل نقل ملكية سيارة أو عقار أو رهن منزل، ويختلف تنفيذ هذا الإلتزام بحسب ما إذا كان الشئ منقولاً (معيناً بذاته أو بنوعه) أو عقاراً.

---

(١) م ١/١٤٨ مدنى. مثل التزام منتج أو بائع الأجهزة والآلات بضمان صلاحيتها للعمل المدة والكيفية المطلوبة، أنظر مؤلفنا في ضمان صلاحية المبيع، ١٩٩٨.

نقض ٢٠٠١/٢/١٣ طعن ٥٤١٤ س٦٣ق.

**(أ) إذا كان الشئ منقولاً، معيناً بذاته،** ومملوكاً للمدين، فإن الإلتزام يصبح نافذاً من وقت نشوئه، فإذا اشترى شخص مجوهرات معينة بالذات، ملكها من وقت العقد ومن قبل أن يتسلمها[١].

فإذا ورد الإلتزام بنقل الملكية، أو أى حق عينى أصلى أو تبعى، على منقول معين بالذات، فإن ذلك الإلتزام ينفذ بمجرد نشوئه، حيث يتكفل القانون نفسه بترتيب هذا الأثر. ففى البيع مثلاً تنتقل ملكية المنقول المعين بالذات، من البائع إلى المشترى بمجرد العقد ولو لم يكن قد استلمه بعد من البائع. أى أن الإلتزام بنقل الملكية ينفذ تلقائياً وبقوة القانون[٢].

ويترتب على ذلك أنه إذا تصرف مالك المنقول المعين بالذات فيه بالبيع لشخصين على التوالى، فإنه وجب تفضيل المشترى الأول لأن الملكية تكون قد انتقلت إليه بمجرد العقد، أما إذا كان قد تم تسليم المنقول إلى المشترى الثانى وهو حسن النية لا يعلم بالبيع الأول، فإن الملكية تنتقل إليه، ليس من البائع بمقتضى العقد، بل استناداً إلى الحيازة المستندة إلى سبب صحيح المقترنة بحسن النية.

---

(١) فإذا كان البائع قد باع كل القطن الذى فى مخزنه والناتج من زراعته المعينة فى العقد وقد عاينه المشترى فى المخزن المودع به كان التكييف الصحيح لهذا البيع أنه بيع جزافى لا بيع شئ معين بنوعه، ومتى كان المبيع جزافاً فإن الملكية تنتقل إلى المشترى بمجرد تمام العقد (نقض ١٩٦٨/٣/٢٨ س١٩ ص٦٢٢).

(٢) وتنص المادة٢٠٤ مدنى على ذلك بقولها: الإلتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الإلتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون إخلال بقواعد التسجيل.

ومتى تم تنفيذ الإلتزام بنقل ملكية المنقول المعين بالذات بقوة القانون بمجرد التعاقد، فإن الدائن يستطيع مطالبة المدين بالتسليم. ذلك أن الإلتزام بنقل حق عيني يتضمن الإلتزام بتسليم الشئ والمحافظة عليه حتى التسليم(١).

**(ب) إذا كان الشئ منقولاً معيناً لا بذاته بل بنوعه ومقداره،** فإن الحق العينى المتعهد بنقله على هذا الشئ لا ينتقل بمجرد الاتفاق الذى أنشأ هذا الإلتزام، وذلك لأن الحق العينى لا يرد إلا على شئ معين بالذات.

ويلزم لذلك إفراز الشئ أى عزل المقدار المتعهد به عن بقية الصنف، وتنفيذ المدين لإلتزامه لا يتم إلا بإفراز الشئ. فإذا باع شخص مائة قنطار من القطن الناتج من مزارعه فإن الملكية لا تنتقل إلى المشترى بمجرد العقد بل يلزم إفراز الكمية المذكورة عن بقية الصنف.

فإذا امتنع البائع عن القيام بالإفراز اختياراً، كان للدائن أن يصل إلى التنفيذ جبراً، ويكون ذلك بعد إعذار المدين ليثبت عليه تأخيره، ثم يقوم، بعد استئذان القضاء، بشراء شئ من نفس نوع المبيع ذاته من الأسواق على نفقة البائع. ويجوز للدائن، فى حالة الاستعجال، أن يقوم بذلك دون حاجة لإذن القضاء، كما لو تعلق الأمر بمستلزمات ضرورية لمستشفى أو طبيب، هنا يمكن الحصول على هذه الأشياء من السوق دون حاجة إلى رفع دعوى لأن الأمر لا يحتمل التأخير.

ويجوز للدائن أن يطالب بقيمة الشئ أى بتعويض نقدى يعادل

---

(١) م ٢٠٦ مدنى. اسماعيل غانم، أحكام الالتزام ص١٦

قيمته، وهذا هو التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض، وذلك فى حالة امتناع المدين عن التنفيذ، ولا يكون أساس هذه المطالبة استحالة التنفيذ، وإنما مرجعه أن الدائن قد ارتضاه، دون ممانعة من المدين.

ويحق للدائن، فوق ذلك، أن يحصل من المدين على تعويض عما أصابه من ضرر من جراء التأخير فى تنفيذ إلتزامه(١).

وإذا كان **الشئ المعين بنوعه نقوداً**، وجب أن تكون هذه النقود معينة بنوعها ومقدارها، ويلتزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون زيادة أو نقص، ودون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو انخفاضها وقت الوفاء أى أثر(٢).

**(جـ) إذا كان موضوع الإلتزام نقل حق عينى على عقار،** فلا يكفى، لانتقال هذا الحق إلى الدائن أن يكون معيناً بالذات، كما هو الحال بالنسبة للمنقول، بل يجب تسجيل التصرف الناقل للملكية، فالحق العينى على العقار لا ينتقل بمجرد نشوء الإلتزام، بل لابد من شهر التصرف عن طريق تسجيله أو قيده فى سجلات الشهر العقارى. مؤدى ذلك أن الإلتزام بنقل أو إنشاء الحق العينى ينشأ من العقد،

---

(١) وعلى هذا تنص المادة ٢٠٥ مدنى بقولها: «١- إذا ورد الإلتزام بنقل حق عينى على شئ لم يعين إلا بنوعه، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشئ. ٢- فإذا لم يقم المدين بتنفيذ إلتزامه، جاز للدائن أن يحصل على شئ من النوع ذاته، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشئ، من غير إخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض».

(٢) وتنص المادة ١٣٤ مدنى على ذلك بقولها: «إذا كان محل الإلتزام نقوداً، إلتزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر».

ولكن هذا الإلتزام لا ينفذ إلا بالتسجيل[1].

فبيع قطعة أرض لا ينقل الملكية بذاته، بل يقتصر على إنشاء إلتزام على البائع بنقلها، أى القيام بالإجراءات الضرورية لشهر البيع كتحرير العقد أو إمضائه أو التصديق على توقيعه بمكتب الشهر العقارى، وقبل تسجيل البيع يبقى الإلتزام بنقل الملكية ديناً فى ذمة البائع[2]، ويرتب عقد البيع كافة الإلتزامات الشخصية بين طرفيه مثل

---

(١) وتنص المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى على أن «جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل، ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية. ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم. ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الإلتزامات الشخصية بين ذوى الشأن».

(٢) ولئن كانت ملكية العقار لا تنتقل إلى المشترى قبل تسجيل عقد البيع إلا أن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشترى ولو لم يسجل العقد، وبذلك تكون للمشترى ثمرة المبيع من تاريخ إبرام البيع ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك (نقض ١٩٦٩/١/٢٣ س٢٠ ص١٥٠).

كما أن الأصل أن التسجيل لا يترتب عليه أثره إلا من تاريخ تسجيل العقد أو الحكم الذى من شأنه إنشاء حق الملكية أو أى حق عينى آخر على عقار أو نقله وأن هذا الأثر لا ينسحب إلى الماضى، ولا يحتج على ذلك بأن القانون ١٩٤٦/١١٤ الخاص بالشهر العقارى أجاز بالمادتين ١٥، ١٧ منه تسجيل صحف ودعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية و رتب على التأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها على هامش تسجيل صحائفها انسحاب أثر هذا التأشير إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى لأن تقرير هذا الأمر ورد على سبيل الاستثناء حماية لأصحاب تلك الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحيفة الدعوى، وهذا استثناء لا يصح التوسع فيه أو القياس عليه (نقض ١٩٧٨/٦/٢٧ س٢٩ ص١٥٧٠).

حق المشترى فى تسلم المبيع والانتفاع به، وحق البائع فى قبض الثمن[(١)].

ويتحقق التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به[(٢)]. ذلك أن الإلتزام بنقل الحق العينى على العقار يتضمن أيضاً الإلتزام بتسليم العقار والمحافظة عليه حتى التسليم.

وإذا امتنع المدين عن القيام باجراءات الشهر، كان للدائن أن يرفع دعوى صحة التعاقد للحصول على حكم بصحة ونفاذ عقد البيع، ويمكنه بعد ذلك تسجيل هذا الحكم، فينتقل إليه الحق العينى لأن تسجيل الحكم يقوم مقام تسجيل العقد نفسه، وبذلك يتم التنفيذ العينى للإلتزام بالإعطاء جبراً على البائع[(٣)].

---

(١) إن عقد البيع غير المسجل، وإن كان لا يترتب عليه نقل ملكية العقار المبيع إلى المشترى إلا أنه يولد فى ذمة البائع إلتزاماً بتسليم المبيع، ويترتب على الوفاء بهذا الإلتزام أن يصبح المبيع فى حيازة المشترى وله أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع، ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار (نقض ١٩٧١/٤/٨ س٢٢ ص٤٤٣).

(٢) نقض ١٩٥٩/٦/٢٥ س١٠ ص٤٩٩ . م٢٠٦ مدنى.

(٣) دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هى دعوى استحقاق مالاً للقدر المبيع، يقصد بها تنفيذ إلتزامات البائع التى من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشترى تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية (نقض ١٩٦٧/١/٣١ س١٨ ص٢٨١).

ولهذا فإن المشترى لا يجاب إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى ممكنين، وإذا كان الغرض من دعوى صحة التعاقد هو إجبار البائع على تنفيذ إلتزاماته التى من شأنها نقل الملكية إلى المشترى تنفيذاً عينياً، فإن للبائع أن يدفع هذه الدعوى بإستحالة تنفيذ هذه الإلتزامات بسبب إنتقال الملكية إلى مشتر ثان (نقض ١٩٦٩/٦/٥ س٢٠ ص٨٨٦)

أما بالنسبة للحقوق العينية التبعية (الرهن الرسمى أو الحيازى الاختصاص، الامتياز)، فإنه لا يلزم الشهر لنشوئها فيما بين المتعاقدين، ولكنها لا تسرى فى حق الغير إلا إذا تم شهرها عن طريق القيد. وعلى ذلك فإن الإلتزام بإنشاء رهن على العقار يتم تنفيذه بمجرد إبرام عقد الرهن. إلا أن ذلك قاصر على العلاقة بين الراهن والمرتهن. ويكون القيد ضرورياً للاحتجاج بالرهن فى مواجهة الغير، وتبدو أهمية ذلك بالنسبة للدائن حيث لا يمكنه أن يستوفى دينه من ثمن العقار المرهون بالأفضلية على سائر الدائنين، ولا يمكنه تتبع هذا العقار للتنفيذ عليه بين يدى المتصرف إليه، إلا إذا كان رهنه مقيداً[(١)].

## المطلب الثانى

## تنفيذ الإلتزام بعمل

يتمثل الإلتزام بعمل فى القيام بعمل معين أو سلسلة من الأعمال، وله صور عملية كثيرة. ويمكن تقسيم الإلتزام بعمل إلى عدة أقسام، سواء من حيث الهدف، أو من حيث وجوب قيام المدين شخصياً بإنجازه.

---

(١) الامتياز المقرر بمقتضى القانون لثمن العقار المبيع يجب أن يشهر بطريق القيد وذلك حتى يسرى فى مواجهة الغير، وأنه وإن كان يترتب على عدم شهر حق الإمتياز عدم سريانه فى مواجهة الغير، إلا أن ذمة المشترى تظل مشغولة بمقدار ما عليه من دين ويحق لبائع العقار أن ينفذ به على أموال المشترى الأخرى إستيفاءاً لحقه (نقض ١٩٦٩/٦/٣ س٢٠ ص٨٤٥).

## الفرع الأول

## تقسيم الإلتزام بعمل من حيث الهدف

ينقسم الإلتزام بعمل من حيث الهدف إلى أقسام ثلاثة: إلتزام ببذل عناية، إلتزام بتسليم شئ، إلتزام بإنجاز عمل معين.

### (أ) الإلتزام ببذل عناية :

ويتمثل فى إلتزام المدين ببذل عناية دون أن يلتزم بتحقيق نتيجة معينة، وتتعلق هذه العناية بشئ أو بعمل. كالإلتزام بالمحافظة على شئ من الأشياء أو حسن إدارته. مثال ذلك إلتزام المودع لديه بحفظ الشئ المودع، وإلتزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة[١]، وإلتزام الوكيل فى الإدارة بإدارة العين الموكول إليه إدارتها.

ومن صور الإلتزام ببذل عناية المتعلق بالعمل إلتزام الطبيب بعلاج المريض[٢] .

---

(١) مؤدى نص المادة ٥٨٣ مدنى أن المستأجر يلتزم بحفظ العين ورعايتها باذلاً فى ذلك عناية الرجل المعتاد، فإن قصر فى أداء إلتزامه ونتج عن تقصيره تلف العين أو هلاكها كان مسؤولاً.

ولئن أقام المشرع قرينة قانونية تفترض أن ما أصاب العين المؤجرة مرده إلى خطأ المستأجر إلا أن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس، بمعنى ألا يسأل عما يحدث فعلاً بسبب تقصيره هو أو تقصير من يسأل عنهم، إذا أثبت أن التلف أو الهلاك نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه كالقوة القاهرة أو خطأ المؤجر أو عيب العين المؤجرة (نقض ١٩٧٨/٢/٢٢ س٣٠ ص١٧٥٠).

(٢) مسؤولية الطبيب الذى اختاره المريض أو نائبه لعلاجه هى مسئولية عقدية. والطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذى ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه أو بنجاح العملية التى يجريها له لأن إلتزام الطبيب ليس إلتزاماً بتحقيق نتيجة وإنما هو =

وإلتزام المحامى بالدفاع عن موكله[1].

فى مثل هذه الحالات، يعتبر المدين قد وفى إلتزامه إذا هو بذل فى ذلك عناية الشخص المعتاد، ولو لم يتحقق الغرض المقصود أى ولو هلك الشئ المحفوظ لدى المودع لديه، ولو لم يتم شفاء المريض أو كسب القضية، أو انتهت إدارة الوكيل بالخسارة.

ولكن المدين يلتزم أحياناً، بموجب القانون أو الاتفاق، ببذل عناية أكثر أو أقل من عناية الشخص العادى. فالقانون يوجب على المستعير بذل عناية أكبر، ويتطلب من المودع لديه عناية أقل. ويجوز الاتفاق على أن يلتزم المدين فى تنفيذ إلتزامه ببذل عناية أقل أو أكثر، إلا أنه لا يجوز الاتفاق على التخفف من العناية إلى الحد الذى لا يكون المدين

---

= إلتزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق فى غير الظروف الاستثنائية- مع الأصول المستقرة فى علم الطب فيسأل الطبيب عن كل تقصير فى مسلكه الطبى لا يقع من طبيب يقظ فى مستواه المهنى وجد فى نفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالطبيب المسؤول (نقض ١٩٦٩/٦/٢٦ س٢٠ ص١٠٧٥)، كما يسأل عن خطئه العادى أياً كانت درجة جسامته (نقض ١٩٧١/١٢/٣١ س٢٢ ص١٠٦٢) ولما كان واجب الطبيب فى بذل العناية مناطه ما يقدمه طبيب يقظ من أوسط زملائه علماً ودراية فى الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله مع مراعاة تقاليد المهنة والأصول الطبية الثابتة وبصرف النظر عن المسائل التى اختلف فيها أهل هذه المهنة لينفتح باب الاجتهاد فيها، فإذا انحرف الطبيب عن أداء هذا الواجب يعد خطأ يستوجب مسؤوليته عن الضرر الذى يلحق بالمريض (نقض ١٩٦٦/٣/٢٢ س١٧ ص٦٣٦).

انظر مؤلفنا في المسئولية الطبية، ١٩٩٥.

(١) إلتزام الوكيل فى تنفيذ الوكالة هو إلتزام ببذل عناية لا إلتزاماً بتحقيق نتيجة إلا أنه لا شئ يمنع من الإتفاق على أن يكون إلتزام الوكيل بتحقيق غاية، ومن ذلك أن يتفق الموكل مع المحامى على ألا يستحق الأتعاب أو على ألا يستحق المؤخر منها إلا إذا كسب الدعوى (نقض ١٩٧٣/٢/٢٣ س٣٨ ص٥١١).

فيه مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم[1].

**(ب) الإلتزام بالتسليم :**

يلتزم المدين «بوضع الشئ تحت تصرف صاحب الحق فى تسلمه بغير عائق يحول دون قيام الدائن باستلامه والإفادة منه، ولو لم يتسلمه فعلاً. ويعتبر الملتزم بالتسليم موفياً بإلتزامه بمجرد التخلية بين الشئ واجب التسليم وبين الدائن بهذا الإلتزام بحيث يمكنه تسلمه».

والإلتزام بالتسليم على هذا النحو هو إلتزام بعمل يتمثل فى تحقيق نتيجة معينة. وقد ينشأ هذا الإلتزام بصفة مستقلة كإلتزام المستأجر[2] أو المستعير برد الشئ المؤجر أو المعار إلى كل من المؤجر والمعير بعد انتهاء الإيجار أو العارية. وقد يكون الإلتزام بالتسليم تابعاً

---

(١) وتقرر المادة ٢١١ مدنى الأحكام السابقة بقولها: «١- فى الإلتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشئ، أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة فى تنفيذ إلتزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالإلتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الإتفاق على غير ذلك. ٢-وفى كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم».

(٢) يجب على المستأجر أن يرد العين المؤجرة إلى المؤجر عند إنتهاء الإيجار، ولا يكفى للوفاء بهذا الإلتزام أن ينبه المستأجر على المؤجر بأنه سيقوم بإخلاء العين المؤجرة بل يجب على المستأجر أن يضع العين المؤجرة تحت تصرف المؤجر بحيث يتمكن من حيازتها والإنتفاع بها دون عائق ولو لم يستولى عليها إستيلاء مادياً. فإن أبقى المستأجر فى العين المؤجرة شيئاً مما كان يشغلها به وإحتفظ بملكيته فإنه لا يكون قد أوفى بإلتزامه برد العين المؤجرة وحق عليه أن يدفع للمؤجر تعويضاً يراعى فى تقديره القيمة الإيجارية للعين المؤجرة وما أصاب المؤجر من ضرر (نقض ١٩٦٧/١/٢٦، س١٨ ص٢٤٦).

لإلتزام بنقل حق عينى على شئ واجب التسليم، كإلتزام البائع بتسليم المبيع للمشترى.

وإذا لم يقم المدين بتنفيذ إلتزامه بالتسليم اختياراً، فإنه يمكن إجباره على التنفيذ العينى، بحجز الشئ وتسليمه للدائن بواسطة القضاء، وإذا تعذر ذلك، كما لو هلك الشئ مثلاً، فإن التنفيذ يكون عن طريق التعويض.

وتبدو أهمية التمييز بين ما إذا كان الإلتزام بالتسليم أصلياً أم تبعياً فى تحديد من يتحمل تبعة الهلاك، فى حالة هلاك الشئ المراد تسليمه بقوة قاهرة.

فإذا كان الإلتزام بالتسليم إلتزاماً تبعياً يتضمنه إلتزام بنقل حق عينى، فالقاعدة أن تبعة هلاك الشئ تكون على المدين بهذا الإلتزام، وعلى ذلك يتحمل البائع تبعة هلاك المبيع قبل تسليمه إلى المشترى.

أما إذا كان الإلتزام بالتسليم أصلياً أى قائماً بذاته، فإن تبعة الهلاك تكون على المالك، الذى غالباً ما يكون هو الدائن بالتسليم، كما فى إلتزام المستأجر برد العين المؤجرة للمؤجر[1]. وقد يكون المالك هو

---

(١) إن تسليم العين المؤجرة يحصل بوضعها تحت تصرف المستأجر بحيث يتمكن من حيازتها والانتفاع بها دون عائق، ولو لم يضع يده عليها بالفعل مادام المؤجر قد أعلمه بذلك، بمعنى أنه ليس يكفى مجرد تخلى المؤجر عن العين المؤجرة والترخيص للمستأجر بالانتفاع بها إذا وجد عائق يحول دونه ولا يتم التسليم بغير إزالته، يستوى أن يكون العائق وليد تعرض مادى أو نتيجة تعرض قانونى ناشئاً عن فعل المؤجر أو أحد أتباعه أم راجعاً إلى فعل الغير أياً كان طالما حصل قبل حصول التسليم (نقض ١٨/١/١٩٧٨ س٢٩ ص٢٢٩).

المدين بالتسليم، كما فى إلتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر، غير أنه إذا قام من يتحمل تبعة الهلاك باعذار الطرف الآخر، فإن ذلك ينقل هذه التبعة على عاتق هذا الأخير، كما لو اعذر البائع المشترى طالباً إليه أن يتسلم المبيع، وكما لو أعذر المؤجر المستأجر طالباً إليه تسليم العين[1].

## (جـ) الإلتزام بإنجاز عمل معين:

وهو الإلتزام بتحقيق نتيجة حيث يكون المدين ملزما بتحقيق نتيجة معينة بقطع النظر عن الوسائل التى تؤدى إلى هذه النتيجة، مثل إلتزام المقاول بإقامة مبنى معين، والإلتزام بتوريد كمية معينة من القمح، والإلتزام بنقل الأشخاص أو البضائع[2].

---

(١) وقد نص المشرع على تلك الأحكام فى المادة٢٠٧ مدنى بقوله: « ١-إذا إلتزم المدين أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل، وتضمن التزامه أن يسلم شيئاً ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر، فإن هلاك الشئ يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الاعذار على الدائن. ٢- ومع ذلك لايكون الهلاك على المدين ولو أعذر، إذا أثبت أن الشئ كان يهلك كذلك عند الدائن ولو أنه سلم إليه، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة. ٣- على أن الشئ المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت، فإن تبعة الهلاك تكون على السارق».

وتنص المادة ٤٣٧ مدنى على أنه «إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشترى لتسلم المبيع». وتنص المادة ٥٦٩ على أنه «إذا هلكت العين المؤجرة أثناء الإيجار هلاكاً كلياً انفسخ العقد من تلقاء نفسه» وتنص المادة ٥٩١ مدنى على أنه «على المستأجر أن يرد العين المؤجرة بالحالة التى تسلمها عليها، إلا ما يكون قد أصاب العين من هلاك أو تلف لسبب لا يد له فيه».

(٢) إن عقد نقل الأشخاص يلقى على عاتق الناقل التزاماً بضمان سلامة الراكب، بمعنى أن يكون ملتزماً بتوصيله إلى الجهة المتفق عليها سليماً، وهو التزام بتحقيق غاية =

ويتحقق الإخلال بالإلتزام بغاية بعدم تحقق النتيجة ولو بذل الملتزم كل جهده، فعدم بناء المقاول للمبنى بالمواصفات المتفق عليها يعد إخلالاً بالتزامه[1]. وعدم تقديم متعهد شبكة الانترنت أو التليفون المحمول الخدمة للعميل بالكيفية والجودة المطلوبة[2]. ويمكن للدائن أن يثبت خطأ المدين بمجرد إثبات عدم تحقق النتيجة المتفق عليها، ولا يدرأ عنه المسؤولية إلا إثبات القوة القاهرة أو خطأ الدائن أو السبب الأجنبى.

## الفرع الثاني

### تقسيم الإلتزام بعمل من حيث تدخل المدين الشخصي في تنفيذه

قد يستلزم التنفيذ العينى للإلتزام تدخل المدين شخصياً، وقد لا يكون من الضرورى أن يقوم المدين بالتنفيذ بنفسه، وقد يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ.

### (أ) التنفيذ العينى للإلتزام غير ممكن دون تدخل المدين:

غالباً ما يقوم المدين بنفسه بتنفيذ إلتزامه، خاصة إذا كان التنفيذ العينى لهذا الإلتزام يقتضى أن يقوم المدين بنفسه بالأعمال اللازمة لذلك.

---

= بحيث إذا أصيب الراكب فإنه يكفى أن يثبت أنه أصيب أثناء تنفيذ عقد النقل ويعتبر هذا منه إثباتاً لعدم قيام الناقل بالتزامه، ومن ثم تقوم مسؤولية الناقل عن هذا الضرر بغير حاجة إلى إثبات وقوع خطأ من جانبه. ولا ترتفع مسؤلية الناقل عن سلامة الراكب إلا إذا أثبت- الناقل- أن الضرر الحاصل للراكب قد نشأ عن قوة قاهرة أو عن خطأ من المضرور أو عن خطأ من الغير، على أنه يشترط فى خطأ الغير الذى يعفى الناقل من المسؤولية إعفاء كاملاً ألا يكون فى مقدور الناقل توقعه أو تفاديه وأن يكون هذا الخطأ وحده هو سبب الضرر (نقض ١٩٦٦/١/٢٧ س١٧ ص١٩٩).

(١) انظر مؤلفنا في المسئولية المعمارية، ١٩٩٤.

(٢) انظر مؤلفنا في المسئولية الالكترونية، ٢٠٠٤.

ويتحقق هذا فى حالتين: الأولى: إذا كان الإلتزام مرتبط بشخص المدين، أى أن طبيعة الإلتزام تقتضى أن يقوم به المدين شخصياً، الثانية: إذا اشترط الدائن على المدين أن يقوم بنفسه بالانجاز المطلوب. ويتحقق ذلك فى حالات الإلتزام الخاص بكل من الطبيب أو الفنان أو المحام.

ويحق للدائن فى مثل هذه الحالات أن يرفض التنفيذ من غير المدين. إلا أنه لا يجوز فى نفس الوقت إجبار المدين على التنفيذ لمساس ذلك بحريته الشخصية وعدم جدوى التنفيذ إذا لم يقم به المدين مختاراً. ويمكن للقاضى أن يستعمل وسيلة الغرامة التهديدية لحثه على الوفاء، فإن لم تفلح هذه الوسيلة فى حمل المدين على التنفيذ العينى، لم يكن أمام الدائن سوى طلب التعويض أى التنفيذ بمقابل[1].

**(ب) التنفيذ العينى للإلتزام ممكن دون تدخل المدين:**

هنا لا يكون الإلتزام مرتبطاً بشخص المدين، ولا يكون من الضرورى أن ينفذه بنفسه. كتعهد المقاول ببناء منزل أو شق مصرف، أو القيام بإصلاحات أو ترميمات فى شئ مؤجر.

فإذا امتنع المدين عن التنفيذ، استطاع الدائن أن يلجأ إلى القضاء ليطلب ترخيصاً فى تنفيذ الإلتزام على نفقة المدين، أى أن القاضى يحكم بالتنفيذ العينى للإلتزام بواسطة شخص آخر غير المدين ولكن على نفقة هذا الأخير، فيقوم الدائن بالتعاقد مع مقاول آخر ليقوم

---

(١) وتنص المادة ٢٠٨ مدنى على ذلك بقولها: فى الإلتزام بعمل، إذا نص الإتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الإلتزام بنفسه، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين. جمال زكى، أحكام الالتزام ص٢٤

بالعمل ثم يرجع بالنفقات على المقاول الأول الذى تقاعس عن تنفيذ إلتزامه، إلا أن ذلك لا يتم إلا بعد تصريح من القضاء[1].

وفى حالة الاستعجال، يجوز للدائن أن ينفذ الإلتزام على نفقة الملتزم دون الرجوع إلى القضاء للحصول على إذنه[2]، كما لو كانت الترميمات الواجبة ضرورية لمنع المبنى من الانهيار الوشيك[3].

**(جـ) قيام حكم القاضى مقام التنفيذ :**

وقد تسمح طبيعة الإلتزام بأن يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ العينى[4].

---

(١) فإذا كان المدين قد نفذ بعض إلتزامه، ثم رخص القضاء للدائن فى تنفيذ الباقى، فلا يجوز للمدين أن يبادر بالمطالبة بقيمة ما سبق أن أداه، ذلك أن الوضع لا يستقر بين الطرفين إلا بعد المحاسبة على الأعمال التى قام بها المدين والأعمال التى يقوم بها الدائن بناء على ترخيص القضاء (نقض ١٩٦٣/٤/٢٥ س١٤ ص٦١٤).

(٢) وتلك رخصة منحت للدائن ملحوظاً فيها مصلحته، فلا تجوز مؤاخذته على عدم استعمالها (نقض ١٩٦٥/١١/١١ س١٦ ص١٠١٨).

(٣) وتنص المادة ٢٠٩ مدنى على ذلك بقولها: «١- فى الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ إلتزامه، جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء فى تنفيذ الإلتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً. ٢- ويجوز فى حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الإلتزام على نفقة المدين، دون ترخيص من القضاء».

وتتضمن المادة ٥٦٨ مدنى تطبيقاً لذلك، حيث تنص على أنه إذا تأخر المؤجر بعد إعذاره عن القيام بتنفيذ إلتزامه بصيانة العين المؤجرة جاز للمستأجر أن يحصل على ترخيص من القضاء فى إجراء ذلك بنفسه وبإستيفاء ما أنفقه خصماً من الأجرة. ويجوز له دون حاجة إلى ترخيص من القضاء أن يقوم بالترميمات البسيطة والمستعجلة.

(٤) فطبقاً لنص المادة ٢١٠ مدنى «فى الإلتزام بعمل يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة الإلتزام».

مثال ذلك حالة إمتناع البائع عن القيام باجراءات التسجيل اللازمة لنقل الحق العينى العقارى حيث يقوم المشترى بالحصول على حكم قضائى بصحة ونفاذ عقد البيع، ويقوم تسجيل هذا الحكم مقام تسجيل العقد(١).

## المطلب الثالث

## تنفيذ الإلتزام بالامتناع عن عمل

قد يتمثل موضوع الإلتزام فى امتناع الملتزم؛ بالاتفاق أو بنص القانون، عن عمل معين، كإلتزام بائع المحل التجارى بعدم منافسة المشترى، أى بعدم فتح محل تجارى منافس بجواره، وإلتزام الفنان بعدم الأداء فى غير مسرح معين. وقد يكون مصدر هذا الإلتزام هو القانون، كإلتزام البائع بعدم التعرض للمشترى، وإلتزام الجار بعدم الأضرار الفاحش بالجيران، وإلتزام الطبيب أو المحام بعدم إفشاء سر المهنة.

---

(١) ومن ذلك أيضاً نص المادة ١٠٢ مدنى على أنه إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه الموعود له طالباً تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم متى حاز قوة الشئ المقضى به مقام العقد الذى إلتزم الواعد بإبرامه.

وتعبر المذكرة الإيضاحية عن ذلك بقولها «يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ العينى أحياناً، رغم ضرورة وفاء المدين نفسه بما إلتزم به، فإذا إمتنع البائع مثلاً عن التصديق على إمضائه فى عقد البيع، فلم يتيسر التسجيل، جاز للمشترى أن يستصدر حكماً بصحة التعاقد، فيكون هذا الحكم بمنزلة العقد، وتنتقل ملكية العقار المبيع بمقتضاه عند تسجيله. وكذلك إذا وعد شخص بإبرام عقد وإمتنع عن الوفاء بوعده، جاز للمحكمة أن تحدد له ميعاداً للتنفيذ، فإذا لم يقم بالوفاء فى خلال هذا الميعاد، حل حكم القضاء محل العقد المقصود إبرامه، ففى كل من هذين التطبيقين يقوم الحكم مقام التنفيذ العينى ويغنى عنه» (الأعمال التحضيرية٢ ص٥٢٩).

فإذا إلتزم المدين بالامتناع عن العمل، تحقق التنفيذ العيني للإلتزام، أما إذا أتى العمل الممنوع، فإنه يعتبر مُخلاً بهذا الإلتزام ويجوز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع بالمخالفة للإلتزام، وله أن يطلب من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين[1].

وعلى ذلك إذا خالف المدين إلتزامه بعدم تجاوز حد معين فى الارتفاع بالبناء أو بعدم بناء حائط يحجب عن جاره النور والهواء جاز للدائن الحصول على حكم من القضاء بإلزام المدين بإزالة البناء أو الحائط الزائد، وله أن يطلب من القضاء ترخيصاً فى أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين. وكذلك إذا كان الإخلال بالإلتزام هو فتح محل منافس، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإغلاق هذا المحل.

ولا يحق للدائن، حتى فى حالة الاستعجال، أن يقوم بالإزالة، دون الحصول على إذن القضاء، حيث قد يؤدى قيام الدائن بالإزالة من تلقاء نفسه إلى بعض العنف، بخلاف الحال بالنسبة للإلتزام بعمل أو بنقل حق عينى، حيث يجوز له ذلك. وللمحكمة حرية تقدير الحكم بالإزالة أو الاكتفاء بالحكم بالتعويض النقدى إذا رأت أن في الإزالة إرهاق للمدين أو أن من شأن الحكم بها أن يسبب له ضرراً كبيراً لا يتناسب مع الفائدة التى ستعود على الدائن من وراء ذلك. وللقاضى أن يحكم إلى جانب الإزالة بتعويض نقدى للدائن عن الأضرار التى لحقت به بسبب الإخلال

---

(١) م٢١٢ مدنى. عبد المنعم البدراوى، احكام الالتزام ص٣٦

بالإلتزام وخلال الفترة الماضية[1].

وإذا استحال التنفيذ العينى للإلتزام، إما لعدم إمكان تدارك ما وقع، كما لو أفشى المحامى أو الطبيب سر المهنة، وإما لأن قهر المدين على التنفيذ ينطوى على مساس بحريته أو حجر على شخصه، كما لو تعهد ممثل بعدم التمثيل فى مسرح آخر، فى هذه الحالة لا يكون أمام الدائن سوى الحصول على تعويض نقدى. ويمكن للقاضى أن يلجأ إلى الغرامة التهديدية لحث المدين على تنفيذ إلتزامه.[2]

---

(١) وتعبر المذكرة الإيضاحية عن ذلك بقولها: إذا إلتزم المدين بالإمتناع عن عمل، فإن مجرد إخلاله بإلتزامه يرتب مسؤوليته، ويكون بذلك ملزماً بأداء تعويض نقدى. وقد يكون الوفاء العينى (اقرأ التعويض العينى) ممكناً عن طريق إزالة ما استحدث إخلالاً بالإلتزام، وفى هذه الحالة يكون للدائن أن يستصدر إذناً من القضاء بأن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين. وأخيراً تحسن الإشارة إلى أمرين: أولهما جواز الجمع بين التنفيذ (التعويض) العينى والتعويض النقدى عند أول إخلال يقع من المدين. والثانى جواز العدول عن التنفيذ (التعويض العينى) ولو كان ممكناً والاكتفاء بالتعويض النقدى وفقاً لأحكام المادة ٢٠٣/٢ إذا كان يصيب المدين من جراء التنفيذ على هذا الوجه ضرر فادح. الأعمال التحضيرية٢ ص٥٢٩.

(٢) Weil, La mouvelle injonction de payer, g. p. 1981, 484

## المبحث الثالث

## وسائل إكراه المدين علي التنفيذ العيني

## (الغرامة التهديدية)

### (أ) وسائل إكراه المدين على التنفيذ العينى :

الأصل هو أن يقوم المدين بتنفيذ إلتزامه مختاراً، إلا أنه قد يمتنع عن ذلك، مما حدا بالمشرع إلى تنظيم بعض الوسائل لحمله على التنفيذ العينى.

فكثيراً ما **تتدخل السلطة العامة لإجبار المدين** على تنفيذ إلتزامه. ويتم ذلك غالباً عن طريق الحجز على أمواله أو إلزامه بتسليم الشئ الملزم به للدائن. وقد يقوم الدائن بنفسه بتنفيذ الإلتزام على نفقة المدين إذا كان تدخله غير ضرورى لذلك. وقد يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ العينى إذا سمحت طبيعة الإلتزام بذلك، كما رأينا فى دعوى صحة التعاقد على البيع.

وقد كان **الاكراه البدنى** إحدى الوسائل الهامة لحمل المدين على تنفيذ إلتزامه، إلا أن القوانين المعاصرة عدلت عن تلك الوسيلة لأنها تخالف المبادئ المدنية الحديثة(١)، ولم يعد التنفيذ بطريق الإكراه البدنى جائزاً فى المواد المدنية والتجارية، ولم يبق له تطبيق إلا فى المواد الجنائية، حيث يجوز الإكراه البدنى لتحصيل المبالغ الناشئة عن الجريمة المقضى بها للحكومة ضد المجرم، وتشمل الغرامة والمصاريف والرد والتعويضات. ويكون هذا الإكراه بالحبس البسيط. وإذا كان المدعى المدنى شخصاً آخر غير الحكومة، وقضى له بالتعويض وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية. فيجوز لمحكمة الجنح، إذا ثبتت قدرة المدين على الدفع، الحكم عليه

(١) انظر مؤلفنا في نظرية القانون، ٢٠٠٢.

بالحبس لمدة لا تزيد على ثلاثة شهور لإكراهه على الوفاء[١].

ولا يزال الإكراه البدنى جائزاً فى دين النفقة والحضانة والرضاع والمسكن. إذا إمتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات أو فى أجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن، يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التى بدائرتها محل التنفيذ. ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به، وأمرته ولم يمتثل، حكمت بحبسه، ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس على ثلاثين يوماً. أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به، أو أحضر كفيلاً، فإنه يخلى سبيله، وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية[٢].

ويجوز حمل المدين على التنفيذ العينى، خاصة فى الأحوال التى تتطلب تدخله الشخصى عن طريق التهديد المالى، أى الحكم على المدين بالتنفيذ العينى وبغرامة تهديدية باعتبار كذا عن كل يوم أو أسبوع أو شهر إذا تأخر فى تنفيذ إلتزامه عن ميعاد معين تحدده المحكمة[٣].

**(ب) شروط الحكم بالغرامة التهديدية :**

يشترط للحكم بالغرامة التهديدية شرطان أساسيان وهما :

---

(١) م٥١١، ٥١٩ من قانون الإجراءات الجنائية.

(٢) المادة ٧٦ مكرر من القانون ١ / ٢٠٠٠.

انظر مؤلفنا في النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، ٢٠٠٢.

(٣) وتنص المادة ٢١٣ مدنى على ذلك بقولها: «١- إذا كان تنفيذ الإلتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن إمتنع عن ذلك. ٢- وإذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد فى الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة».

وتنص المادة ٢١٤ مدنى على أنه «إذا تم التنفيذ العينى أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين، مراعياً فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين.

١- أن يكون تنفيذ الإلتزام عيناً لا يزال ممكناً.

٢- أن يـكون التنفيذ العينى غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه.

**أولاً- أن يكون تنفيذ الإلتزام عيناً مازال ممكناً:** يشترط للحكم بالغرامة التهديدية أن يكون هناك إلتزام على المدين، وأن يكون تنفيذ هذا الإلتزام عينـاً مازال ممكناً، ذلك أن الهدف من الحكم بالغرامة هو حمل المدين على تنفيذ إلتزامه تنفيذاً عينياً.

فلا يتصور الحكم بالغرامة التهديدية، إذا لم يوجد إلتزام أصلاً، وعلى ذلك لا يجوز الالتجاء إلى التهديد المالى لإجبار أحد الخصوم على الحضور أمام المحكمة لأنه ليس ملزماً بالحضور، كذلك لا يجوز الحكم على الشريك فى جريمة بغرامة تهديدية لحمله على إفشاء أسماء شركائه لأنه ليس ملزماً بذلك قانوناً.

ولابد أن يكون تنفيذ الإلتزام عيناً لايزال ممكناً، لأن الغرض من التهديد المالى هو الحصول على هذا التنفيذ، أما إذا أصبح التنفيذ مستحيلاً، امتنع الحكم بالغرامة التهديدية لفوات الغرض منها، ويصبح التهديد المالى غير ذى موضوع. فإذا استحال تنفيذ الإلتزام بخطأ المدين، لم يجز الحكم بالغرامة التهديدية، وإنما يحكم بالتعويض عما أصاب الدائن من ضرر. وإذا إستحال التنفيذ بسبب أجنبى، إنقضى الإلتزام وإمتنع بالتالى الالتجاء إلى التهديدى المالى.

**ثانياً- أن يكون تنفيذ الإلتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه:** يتحدد نطاق الالتجاء إلى الغرامة التهديدية بالحالات التى يكون تدخل المدين الشخصى ضرورياً لتنفيذ الإلتزام عينياً، أى حيث يكون هذا التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه. مثال ذلك الحالات التى يكون فيها محل الإلتزام عملاً

لابد أن يصدر من المدين شخصياً. كالإلتزام بعمل فنى كالغناء أو التمثيل أو الرسم، وإلتزام الطبيب بإجراء جراحة والإلتزام بتقديم حساب أو مستند معين. ويمكن أيضاً الالتجاء إلى الغرامة التهديدية حيث يكون محل الإلتزام امتناعاً عن عمل متى كان مطلوباً من المدين منع تكرار العمل المحظور فى المستقبل. كالحكم على الممثل بالغرامة، عن كل مرة يقوم فيها بالتمثيل فى المسرح الذى تعهد بالامتناع عن التمثيل فيه.

أما إذا كان فى الإمكان التنفيذ العينى جبراً على المدين، دون حاجة إلى تدخله، فلا يجوز الالتجاء إلى الغرامة التهديدية، بل وجب الحكم مباشرة بالتنفيذ العينى. كالإلتزام باعطاء (نقل حق عينى)، حيث يمكن الوصول فيه إلى التنفيذ العينى الجبرى دائما دون تدخل المدين مادام أن التنفيذ مازال ممكناً، وكذلك الحال إذا كان موضوع الإلتزام أداء مبلغ من النقود حيث يمكن التنفيذ مباشرة على أموال المدين دون تدخله. وكذلك فى الإلتزام بعمل الذى لا يلزم فيه تدخل المدين شخصياً، حيث يمكن للدائن الحصول على إذن القضاء لتنفيذ هذا العمل على نفقة المدين. ونفس الحكم بالنسبة للإلتزام بامتناع عن عمل إذا كان من الممكن إزالة آثار المخالفة على نفقة المدين كما رأينا من قبل.

ويمكن تطبيق نظام الغرامة التهديدية على كافة الإلتزامات أياً كان مصدرها أو طبيعتها. فهو جائز بالنسبة للإلتزامات التعاقدية والإلتزامات غير التعاقدية، والإلتزامات المالية والإلتزامات غير المالية. فيجوز الحكم بالغرامة التهديدية على الجار الذى يمتنع عن إزالة مبعث الضرر غير المألوف الذى يسببه لجيرانه، حيث يلتزم الجار، بنص القانون، بعدم استعمال ملكه بطريقة ينتج عنها ضرر غير مألوف للجيران. ويجوز الالتجاء إلى التهديد المالى لتنفيذ الإلتزام بتسليم الأولاد إلى

من له الحق فى حضانتهم.

### (جـ) استثناء خاص بالحق الأدبى للمؤلف :

يمتنع الالتجاء إلى التهديد المالى، بالرغم من توافر الشرطين السابقين، إذ انطوى ذلك على مساس بشخصية المدين فى نتاج فكره. فإذا تعهد مؤلف لناشر بكتابة كتاب يقوم الأخير بنشره، أو إلتزم رسام قِبل عميل بعمل فنى معين، فلا يجوز الالتجاء إلى الغرامة التهديدية لإكراهه على هذا التسليم، لأن فى ذلك مساس بحقه الأدبى، حيث يكون له سلطة تقدير ما إذا كان إنتاجه جدير بالعرض على الجمهور أم أن ذلك من شأنه التأثير على سمعته الأدبية أو الفنية. ولا يمكن لغيره الحكم على نتاج فكره ومدى صلاحيته للعرض أو للنشر.

ويستوي فى ذلك أن يكون المؤلف أو الفنان قد قام بتأليف الكتاب أو بإنتاج العمل الفنى بالفعل أم لا، فلا يجوز فى الحالتين إلزامه بتسليم مصنفه الفكرى، ولا يكون أمام الدائن سوى طلب التنفيذ بمقابل، أى طلب التعويض عن الأضرار التى لحقته لعدم تنفيذ الإلتزام.

إلا أنه ينبغى ملاحظة أن للمؤلف أو الفنان حق الامتناع عن تسليم إنتاجه استناداً إلى حقه الأدبى على النحو السابق، أما إن كان الامتناع راجعاً إلى الرغبة فى الحصول على إغراء مالى أكثر، كما لو كان قد تعاقد مع عميل آخر مقابل مبلغ أكبر، فإنه يجوز الالتجاء إلى التهديد المالى لحمله على تنفيذ إلتزامه.

### (د) سلطة القاضى فى الحكم بالغرامة التهديدية :

يتمتع قاضى الموضوع بسلطة تقديرية كاملة فى الحكم بالغرامة التهديدية متى توافرت شروطها، وهو لا يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض، ولكن القاضى يخضع لرقابة هذه المحكمة فى تقدير مدى توافر

شروط الحكم بالغرامة التهديدية، فهذه مسألة قانونية تخضع فيها محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض.

ويذهب البعض إلى أنه لا يجوز الحكم بالغرامة التهديدية إلا إذا طلب الدائن ذلك مع طلب التنفيذ العينى للإلتزام. ويذهب الرأى الراجح إلى أن للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بالغرامة التهديدية لتدعيم حكمها بالتنفيذ العينى ولضمان تنفيذه. «وليس من الضرورى أن يطلب الدائن الحكم بالغرامة التهديدية، بل تستطيع المحكمة عندما تصدر حكمها بإلزام المدين بالتنفيذ العينى أن تلزمه من تلقاء نفسها بدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن التنفيذ. وليس فى ذلك أى مساس بمبدأ وجوب اقتصار حكم القاضى على ما يطلبه الخصوم، إذ أن الحكم بالغرامة التهديدية ليس مستقلاً عن الحكم بالتنفيذ العينى، وإنما هو وسيلة يكفل بها القاضى نفاذ هذا الحكم الأخير، ولا شك أن للقاضى دون حاجة إلى طلب خاص، أن يعمل على كفالة نفاذ أحكامه متبعاً الوسائل التى أجازها القانون ومنها الحكم بالغرامة التهديدية».

ويجوز الحكم بالغرامة التهديدية من قِبل جميع جهات القضاء أى كافة أنواع المحاكم العادية والاستثنائية، المدنية والتجارية، والجنائية إذا كانت تقضى فى إلتزام مدنى، كالحكم على الجانى بإعادة ما اغتصبه «ويجوز لقاضى الأمور المستعجلة أن يحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ حكم فى الموضوع تنفيذاً عينياً، ومن باب أولى يجوز أن يقضى بغرامة تهديدية لتنفيذ الحكم المؤقت الذى يصدره هو. ولكن تحويل الغرامة التهديدية الوقتية إلى تعويض، ليس من اختصاص قاضى الأمور المستعجلة، بل هو من اختصاص قاضى الموضوع».

ويجوز إبداء طلب الحكم بالغرامة التهديدية فى أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة، أما محكمة الاستئناف، دون أن يعد ذلك

طلباً جديداً بل طلباً تابعاً للطلب الأصلى.

**(هـ) خصائص الحكم بالغرامة التهديدية :**

يتسم الحكم بالتهديد المالى بعدة خصائص يمليها الغرض منه، وهذه الخصائص هى:

**أولاً- يتسم الحكم بالطابع التهديدى،** حيث يقصد به التغلب على عناد المدين وامتناعه عن تنفيذ إلتزامه، لذا يقدر القاضى التهديد المالى عن كل فترة زمنية يتأخر فيها المدين عن تنفيذ إلتزامه، أو عن كل مرة يخل فيها بإلتزامه، ويكون هذا التقدير تحكمياً يراعى فيه القاضى المركز المالى للمدين ودرجة تعنته، حتى يمكن حمله على تنفيذ إلتزامه عيناً، فالقاضى لا يراعى فى تقدير الغرامة التهديدية أن تكون متناسبة مع الضرر الذى يلحق الدائن، لأنها ليست تعويضاً عن الضرر، وإنما يحكم القاضى بالمبلغ الكافى لتحقيق الغرض المقصود ألا وهو إكراه المدين على التنفيذ، لذا فهو يراعى قدرة المدين المحتملة على المقاومة أى على التمادى فى رفض التنفيذ العينى(١).

وعلى ذلك فإن الحكم بالغرامة التهديدية يختلف عن الحكم بالتعويض، حيث يكون القصد من هذا الأخير هو إصلاح الضرر لذا يقدر التعويض بمبلغ إجمالى يتناسب مع مقدار هذا الضرر، حتى ولو تم تقدير ذلك على أساس كل يوم من أيام التأخير فى التنفيذ، وعلى هذا الأساس يجب التمييز بين الحكمين، ويمكن الرجوع فى ذلك إلى نية القاضى كما تتضح من أسباب الحكم.

---

(١) وتقرر المذكرة الإيضاحية ذلك بقولها: «ويتضح مما تقدم أن : الغرامة التهديدية ليست ضرباً من ضروب التعويض، وإنما هى طريق من طرق التنفيذ رسمها القانون، وقصر نطاق تطبيقها على الإلتزامات التى يقتضى الوفاء بها تدخل المدين نفسه».

**ثانياً- يتسم الحكم بالطابع الوقتى،** يمكن للمحكمة التى أصدرته أن تعيد النظر فيه، فإذا رأى القاضى ان مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه للمدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد فى الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة.

«فالحكم بالغرامة التهديدية حكم موقوت، تنتفى علة قيامه متى إتخذ المدين موقفاً نهائياً منه، إما بوفائه بإلتزامه، وإما بإصراره على التخلف، فإن استبان هذا الموقف، وجب على القاضى أن يعيد النظر فى حكمه ليفصل فى موضوع الخصومة، فإن كان المدين قد أوفى بإلتزامه حط عنه الغرامة، إزاء استجابته لما أمر به، وألزمه بتعويض عن التأخر، لا أكثر، وإن أصر المدين على عناده نهائياً، قدر التعويض الواجب عن الضرر الناشئ عن عدم الوفاء. ولكن ينبغى أن يراعى فى هذا التقدير ما يكون من أمر ممانعة المدين تعنتاً باعتبار هذه الممانعة عنصراً أدبياً من عناصر احتساب التعويض[1].

**ثالثاً- أن الحكم بالغرامة التهديدية لا يقبل التنفيذ،** لأنها لا تعتبر ديناً محققاً فى ذمة المدين، ومن ثم لا يستطيع الدائن أن ينفذ بالحكم الصادر بها على أموال المدين، بل لابد من انتظار التصفية النهائية، حيث يعيد القاضى النظر فيها على ضوء موقف المدين، فإذا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية حـ٢ ص٥٤٠ وتضيف: «تسرى قواعد الغرامات التهديدية على كل التزام بعمل أو بامتناع عن عمل، أياً كان مصدره، متى كان الوفاء به عيناً لا يزال فى حدود الإمكان، وكان هذا الوفاء يقتضى تدخل المدين نفسه والغرامة التهديدية هى مبلغ من المال يقضى بإلزام المدين بأدائه عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أى فترة معينة من الزمن أو عن كل إخلال يرد على الالتزام. ويقصد من هذه الغرامة التغلب على ممانعة المدين المتخلف، ولهذا أجيز للقاضى أن يزيد فيها إزاء تلك الممانعة كلما آنس أن ذلك أكفل بتحقيق الغرض المقصود.

أصر على عدم التنفيذ، فإن القاضى يحكم بالتعويض الواجب عن ذلك، أما إذا نفذ المدين إلتزامه، فإن القاضى يحكم عليه بالتعويض عن التأخير. وهو عادة أقل من الغرامة التهديدية. وفى الحالتين، يراعى القاضى فى تقدير التعويض بجانب الضرر الذى أصاب الدائن، مقدار العنت الذى أبداه المدين.

«فالغرامة التهديدية شئ وقتى، لا تنفذ إلا عندما تتحول إلى تعويض نهائى، وهى فى هذا التحول قد تنتقص أو تلغى، فالذى ينفذ فى الواقع من الأمر ليس هو الغرامة التهديدية الوقتية بل هو التعويض النهائى».

---

(١) Civ. 3 avr. 1996, Bull, n. 90

# الفصل الثانى
# التنفيذ بمقابل
# (التنفيذ بطريق التعويض)

**(أ) حالات التنفيذ بمقابل :**

ذكرنا أنه عند تعذر حصول الدائن على تنفيذ الإلتزام الواقع على عاتق المدين، تنفيذاً عينياً مجدياً، جاز له أن يطلب التنفيذ بمقابل أى أن يقتضى تعويضاً يقوم مقام التنفيذ العينى.

والتنفيذ بمقابل أو التعويض ليس إلا طريقاً احتياطياً لا يلجأ إليه إلا إذا تعذر التنفيذ العينى، ويتحقق ذلك فى الحالات الآتية:

١- إذا أصبح التنفيذ العينى مستحيلاً بفعل المدين، كإلتزام أمين النقل بنقل البضاعة إلى مكان معين، وهلكت البضاعة التى عهد إليه بنقلها، وكتعهد متعهد بإقامة حفلة لمناسبة معينة وتمر هذه المناسبة، ففى تلك الحالات يصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلاً.

٢- إذا كان التنفيذ العينى مرهقاً للمدين، بحيث يؤدى إجباره على التنفيذ العينى إلى إلحاق ضرر فادح به لا يتناسب مع ما سيلحق الدائن من ضرر نتيجة عدم التنفيذ.

٣- إذا كان فى إجبار المدين على التنفيذ العينى مساس بحريته الشخصية، فهنا لا يمكن الالتجاء إلى التنفيذ العينى بل التنفيذ بطريق التعويض، كإلتزام فنان برسم لوحة أو بالغناء فى حفلة.

**(ب) شروط استحقاق التعويض :**

وإذا توافرت إحدى الحالات السابقة التى تجيز للدائن أن يطلب التنفيذ بمقابل أو التعويض وجب أن تتوافر عدة شروط لاستحقاق التعويض:

١- الخطأ أى عدم وفاء المدين بإلتزامه أو تأخره فى هذا الوفاء.

٢- إصابة الدائن بضرر.

٣- علاقة السببية بين الضرر والخطأ أى أن يكون الضرر الذى لحق الدائن ناتجاً عن عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخير فى التنفيذ.

٤- اعذار المدين.

ومن ذلك يتضح أنه يشترط لاستحقاق التعويض توافر شروط المسؤولية المدنية بنوعيها، سواء أكانت مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية، لذلك فنحن نحيل إلى الدراسة الخاصة بهما فى مصادر الإلتزام.

وقد اشترط القانون شرطاً إضافياً لاستحقاق التعويض وهو الاعذار. ونعرض لأحكام هذا الشرط قبل أن نتناول كيفية تقدير التعويض.

## المبحث الأول

## الاعـــــذار

**(أ) معنى الاعذار:**

الاعذار هو وضع المدين موضع التأخير فى تنفيذ إلتزامه وذلك عن طريق مطالبة المدين رسمياً بتنفيذ إلتزامه وإلا أصبح مسؤولاً عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه.

فكقاعدة عامة لا يكفى أن يحل أجل الإلتزام حتى يمكن اعتبار المدين مقصراً فى الوفاء به، بل يجب على الدائن أن يعذره برغبته فى اقتضاء الدين، وإذا سكت الدائن عن المطالبة بالتنفيذ بعد طول أجل الدين، فإن ذلك يحمل محمل التسامح والرضى بأرجاء التنفيذ، وأنه لم يصبه ضرر من تأخر المدين فى تنفيذ إلتزامه.

ويترتب على الاعذار وجوب قيام المدين بالتنفيذ فوراً، وإلا ترتبت على تأخره نتائج قانونية، أهمها وجوب تعويض الدائن عن كل تأخير فى التنفيذ.

## (ب) كيف يتم الاعذار :

يتم اعذار المدين بعدة سبل تتمثل فى[1]:

١- يتم الاعذار عن طريق إنذار المدين بورقة رسمية من أوراق المحضرين، ويكون إعلانه إليه على يد محضر، يبين فيها الدائن بوضوح أنه يطلب من المدين تنفيذ إلتزامه[2]. ويسلم المحضر صورة الإنذار إلى المدين نفسه أو وكيله أو من يسكن معه، وإلا سلمها إلى جهة الإدارة على الوجه المبين بقانون المرافعات.

---

(١) تنص المادة ٢١٩ مدنى على أن «يكون اعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات. كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إجراء آخر». فتحى عبد الرحيم، احكام الالتزام ص٥٤

(٢) إعذار المدين هو وضعه قانوناً فى حالة المتأخر فى تنفيذ إلتزامه، والأصل فى هذا الاعذار أن يكون بورقة رسمية من أوراق المحضرين يبين الدائن فيها أنه يطلب من المدين تنفيذ الإلتزام، ومن ثم فلا يعد اعذاراً إعلان المشترى بصحيفة دعوى فسخ البيع لإخلاله بتنفيذ إلتزام من إلتزاماته، إلا إذا اشتملت صحيفتها على تكليفه بالوفاء بهذا الإلتزام (نقض ١٩٧٩/١/٢٥، س٣٠ ص٣٨٥)

٢- يقوم مقام الاعذار الأوراق الرسمية المشابهة مثل صحيفة الدعوى أى التكليف بالحضور أمام المحكمة، ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة، والتنبيه الرسمى الذى يسبق التنفيذ، وكذلك محضر الحجز وهو من أعمال التنفيذ.

٣- أما الأوراق غير الرسمية فلا تقوم مقام الإنذار فى المسائل المدنية، فلا يكفى لاعذار المدين أية ورقة عرفية ولو كانت فى خطاب مسجل أو برقية[١].

٤- إلا أنه يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين على عكس ذلك لأن تلك القاعدة لا تتعلق بالنظام العام، بل ويجوز الاتفاق بينهما على أن يكون المدين معذراً بمجرد حلول أجل الدين دون حاجة إلى أى إجراء آخر، ويمكن الاتفاق على أن يتم الاعذار بأى صورة من الصور أو بمجرد الأخطار الشفوى، وعلى الدائن عبء إثبات وقوع الاعذار.

٥- وبالنسبة للمعاملات التجارية يجوز الاعذار بورقة غير رسمية، كالكتابة أيا كانت صورتها، ولو كانت من قبيل الخطابات أو البرقيات، أو مجرد المطالبة الشفهية، إذا قضى العرف التجارى بذلك.

### (جـ) الآثار القانونية للاعذار :

يترتب على الاعذار عدة نتائج قانونية هامة:

---

(١) فلا يكفى لترتيب الأثر القانونى للإنذار أن يكون المشترى قد قال فى دعوى أخرى أن البائع أنذره، مادام ذلك القول قد صدر فى وقت لم يكن النزاع على العقد المتنازع فيه مطروحاً، بل يجب تقديم الإنذار حتى يمكن للمحكمة أن تتبين إن كان يترتب عليه الفسخ أم لا، وذلك بالرجوع إلى تاريخه وما تضمنه، لأنه قد يكون جاهلاً الميعاد المعين للوفاء أو عدم قيام البائع بتعهداته التى توقفت عليها تعهدات المشترى (نقض ١٩٤٤/٣/١٦ مجموعة عمر ٤ ص٢٩٤)

١- يصبح المدين مسؤولاً عما يلحق الدائن من ضرر من جراء التأخر فى التنفيذ(١). أما فى الفترة السابقة على الاعذار فلا يعوض المدين الدائن عن التأخر فى التنفيذ، ذلك أن التعويض لا يستحق إلا بعد اعذار المدين(٢).

أما إذا كان موضوع الإلتزام مبلغاً من النقود، فإن الدائن يستحق تعويضاً عن التأخير، يتمثل فى فوائد قانونية (فوائد التأخير)، ولكن تلك الفوائد لا تُستحق بمجرد اعذار المدين، بل لا تسرى إلا من وقت المطالبة القضائية بها.

٣- يمكن للدائن أن يطالب بفسخ العقد الملزم للجانبين، إذا لم يقم المدين بتنفيذ إلتزامه، إلا أن ذلك لا يكون إلا بعد اعذار المدين، ما لم يتفق على استبعاد الاعذار(٣).

٣- تنتقل تبعة الهلاك من طرف إلى آخر، فهلاك الشئ المبيع،

---

(١) حيث تنص المادة ٢١٨ مدنى على أنه «لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين، ما لم ينص على غير ذلك».

(٢) فإذا سلم البائع جزءاً من المبيع متأخراً عن الميعاد المتفق عليه، ثم توقف عن تسليم الباقى حتى اعذره المشترى، ولم يثبت من وقائع الدعوى ما يدل على ظهور عجز البائع عن الوفاء، من اليوم الذى حصل فيه تسليم ذلك الجزء، بل كانت تلك الوقائع دالة على أن ميعاد التوريد المتفق عليه فى العقد قد عدل عنه برضاء الطرفين، فإن التضمينات لا تكون مستحقة إلا من الوقت الذى امتنع فيه البائع عن الوفاء بعد تكليفه به رسمياً. وإذا تمسك البائع بسبب ارتفاع الأسعار باستحقاق التضمينات من تاريخ التسليم الجزئى باعتبار أنه هو التاريخ الذى ظهر فيه عجزه عن الوفاء بالباقى، وقضت المحكمة بذلك، كان حكمها مخطئاً فى تطبيق القانون (نقض ١٩٤٥/١/٢٥) مجموعة عمر ص٥٥٢).

(٣) وتنص المادة ١٥٨ مدنى على ذلك بقولها: فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض.

بقوة قاهرة، يكون على البائع قبل التسليم، وتنتقل تبعة الهلاك إلى المشترى إذا اعذره البائع لتسلم المبيع ولم يفعل(١).

**٤- وأخيراً، فإنه ينبغى ملاحظة :**

**أولاً:** إن المدين لا يعتبر مقصراً بمجرد اعذاره، بل يجب أن تُترك له مدة معقولة يستعد فيها لتنفيذ إلتزامه، وتختلف هذه المدة من حال إلى آخر حسب طبيعة محل الإلتزام وظروف المدين، ويرجع تقديرها إلى قاضى الموضوع.

**ثانياً:** أن الاعذار لا يؤثر على تحديد المكان الذى يلتزم فيه المدين بالوفاء بإلتزامه، فإذا كان الوفاء واجباً فى موطن المدين، فإن الاعذار لا يعفى الدائن من أن يسعى إليه ليقتضى حقه. ولا يمكن أن ينسب إلى المدين تقصير فى تنفيذ إلتزامه إلا بعد أن يسعى إليه الدائن فى موطنه دون جدوى.

**(د) حالات الإعفاء من الاعذار:**

هناك حالات لا ضرورة فيها للاعذار، أى أن المدين يعتبر مقصراً ومسؤولاً عن التعويض بمجرد حلول أجل الدين دون الوفاء به. وهذه الحالات أما أن ترجع إلى اتفاق المتعاقدين أو إلى نص القانون.

---

(١) وتنص المادة ١/٢٠٧ مدنى على ذلك بقولها: «إنه إذا إلتزم المدين بأن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل، وتضمن إلتزامه أن يسلم شيئاً ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر، فإن هلاك الشئ يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الاعذار على الدائن».

ولكن الفقرة الثانية من نفس المادة تضيف بأنه لا يكون الهلاك على المدين، ولو أعذر إذا أثبت أن الشئ كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه، ما لم يكن المدين قد قبل تحمل تبعة الحوادث المفاجئة.

وتنص المادة ٤٣٧ مدنى على أن إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن، إلا إذا كان الهلاك بعد اعذار المشترى لتسلم المبيع.

**أولاً- الإعفاء من الاعذار بالاتفاق:** إن قاعدة وجوب الاعذار لا تتعلق بالنظام العام، بل أن الأساس فيها هو مصلحة المدين وحده، لذا يجوز له التنازل عن الاعذار، ويتم ذلك بالاتفاق مع الدائن على أن يكون المدين معذراً بمجرد حلول أجل الدين دون حاجة إلى أى إجراء آخر. ولا يعتبر الاتفاق مقدماً، فى هذه الحالة، بمثابة إجراء لاعذار المدين، بل هو اتفاق على ألا يكون هناك إجراء لهذا الاعذار.

والاتفاق بين الدائن والمدين على الاستغناء عن الاعذار قد يكون صريحاً وقد يكون اتفاقاً ضمنياً، يستخلصه القاضى من ظروف التعاقد طبقاً للقواعد العامة فى التفسير. مثال ذلك اشتراط الدائن فى عقود التوريد على أن يتم التسليم فوراً، واشتراط رب العمل على المقاول إتمام العمل المعلوم فى التاريخ المحدد، وإلتزام الناقل بتسليم البضاعة فى الموعد المتفق عليه، فى مثل هذه الحالات يقضى العرف التجارى أن المدين يعتبر معذراً بمجرد حلول الميعاد ويستحق الدائن التعويض عن عدم التنفيذ.

ويجب أن يكون الاتفاق الضمنى قاطعاً فى عدم وجوب الاعذار، فإذا قام الشك حول مضمون هذا الاتفاق، وجب تفسير هذا الشك لمصلحة المدين، ويكون الاعذار واجباً. وعلى ذلك فإن مجرد وضع شرط جزائى فى العقد لا يفهم منه الإعفاء من الاعذار، وكذلك الحال بالنسبة للاتفاق على أن يكون الوفاء فى موطن الدائن، ولا يعد كذلك إعفاء من الاعذار مجرد الاتفاق على أن التأخر فى سداد أحد الأقساط يؤدى إلى حلول جميع الأقساط، ما لم يكن هناك اتفاق واضح على العكس(١).

(١) إن إشتراط فسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن لا يعفى من الاعذار، وعلى القاضى إيقاع الفسخ على المشترى إذا لم يدفع الثمن بعد اعذاره بإنذار، ما لم يعفى =

«وقد يوجد اتفاق على عدم الحاجة إلى الاعذار، ولكن الدائن ينسخ هذا الاتفاق بتصرفه، كما إذا اشترطت شركة التأمين على المؤمن عليه عدم الحاجة إلى الاعذار فى اقتضاء أقساط التأمين، ثم تتعود بعد ذلك أن تعذره كلما تأخر أو أن ترسل إليه عامل التحصيل ليتسلم الأقساط المستحقة».

**ثانياً- الإعفاء من الاعذار بنص القانون:** هناك حالات ثلاث لا ضرورة فيها للاعذار هى[1].

١- إذا كان محل الإلتزام تعويضاً عن عمل غير مشروع، فارتكاب العمل غير المشروع هو إخلال بالإلتزام القانونى العام المفروض على الشخص بعدم الإضرار بالغير، وبعد حدوث الضرر لا يتصور طلب التنفيذ العينى لهذا الإلتزام، ومن ثم لا يلزم الاعذار لاستحقاق التعويض من هذا الإخلال.

٢- إذا كان محل الإلتزام رد شئ يعلم المدين أنه مسروق أو شئ تسلمه دون وجه حق وهو عالم بذلك، فهو فى الحالتين سيئ النية، ويلتزم بالرد أو التعويض بدون حاجة إلى اعذار.

ويلتزم بأن يرد أيضاً الفوائد والأرباح التى جناها، أو التى قصر فى جنيها من الشئ الذى تسلمه بغير حق، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذى أصبح فيه سيئ النية. ويكون مسؤولا عن هلاك الشئ أو

---

= البائع بمقتضى العقد من هذا الاعذار، وإذن فباطل زعم المشترى أن الإنذار الموجه إليه من البائع بوفاء إلتزاماته فى مدى أسبوع وإلا عد العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه يجب إعتباره تنازلاً من البائع عن خيار الفسخ، فإن ذلك الإنذار واجب قانوناً لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح (نقض ١٩٤٨/١٢/٢٣ مجموعة عمر ٥ ص٦٨٨).

(١) م٢٢٠ مدنى.

تلفه أو ضياعه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ. وأكثر من ذلك إذا كان المدين هو السارق، فإنه لا يستطيع أن يتحلل من تبعة الهلاك ولو أثبت أن الشئ كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً فى يد من يستحقه[1].

٣- إذا أصبح تنفيذ الإلتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين[2]. كما لو كان تنفيذ الإلتزام واجباً فى وقت معين، فيفوت هذا الوقت دون أن ينفذ المدين إلتزامه. مثال ذلك المحامى الذى يتعهد برفع طعن فى أحد الأحكام ويهمل فى ذلك حتى ينقضى موعد الطعن، أو الفنان الذى يتعهد بالغناء فى حفلة ثم يتخلف عن الحضور حتى يفوت ميعادها، أو المقاول الذى يلتزم ببناء جناح فى معرض وينتهى المعرض دون أن ينفذ المقاول إلتزامه. فى هذه الحالات يكون تنفيذ الإلتزام غير مجد، ومن ثم فلا ضرورة للاعذار.

وإذا كان محل الإلتزام امتناعاً عن عمل ثم يخل المدين بإلتزامه ويأتى العمل الممنوع، فلا فائدة من الاعذار فى هذا الفرض لأن التنفيذ العينى للإلتزام يصبح غير ممكن. ونفس الحكم إذا كان محل الإلتزام القيام بعمل وصدر من المدين ما يجعل تحقيقه مستحيلاً[3]، كما لو باع المالك عقاره مرتين، ويقوم المشترى الثانى بتسجيل عقده قبل أن يقوم بذلك المشترى الأول، فيستحيل بذلك على البائع تنفيذ إلتزامه

---

(١) م١٨٥/٢، ٩٨٤، ٢٠٧/٣ مدنى.

(٢) أما إذا كانت إستحالة التنفيذ قد نشأت بغير فعل المدين، فإن الإلتزام ينقضى، ولا يعتبر المدين مسؤولاً حتى عن التعويض.

(٣) لا ضرورة للإعذار إذا أصبح تنفيذ الإلتزام غير ممكن وغير مجد بفعل المدين وإذا كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه إعتبر الأخطاء الفنية التى وقع فيها المقاول مما لا يمكن تداركه، فإن مفاد ذلك أن الإلتزام المترتب على عقد المقاولة أصبح غير ممكن تنفيذه (نقض ٥/٤/١٩٦٦، ص١٧ ص٧٩٧).

بنقل الملكية قبل هذا الأخير.

وقد يكون مصدر الإلتزام عقداً من عقود المدة، ويتخلف المدين عن تنفيذ إلتزامه لبعض الوقت، فى هذه الحالة وجب عليه التعويض دون حاجة إلى إنذار، لأن ما تأخر فيه لا يمكن تداركه لفوات الزمن. فالزمن فى هذه العقود عنصر جوهرى، بحيث يترتب على فوات بعضه استحالة تدارك ما مضى منه، لذلك فإن عدم التنفيذ فى العقد المستمر لا يعد تأخراً فى التنفيذ، بل هو عدم تنفيذ جزئى للعقد، ويقدر التعويض على هذا الأساس. مثال ذلك عقد توريد الغذاء لمستشفى أو لمدرسة، ويتأخر المتعهد عن تنفيذ إلتزامه بعض الوقت.

٤- إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بإلتزامه، فهنا لا توجد ثمة جدوى من وراء الاعذار، بعد أن ثبت امتناع المدين عن التنفيذ العينى لإلتزامه بطريقة جازمة.

ولابد أن يصدر التصريح فى صورة كتابية. ولا يكفى أن يتم ذلك أمام الشهود، إلا أن الفقه يرى بحق أن «الكتابة هنا للإثبات، فلو أقر المدين أنه صرح بعدم إرادته القيام بإلتزامه، أو نكل عن اليمين التى وجهت إليه فى ذلك، لكان ذلك كافياً فى إثبات التصريح المطلوب للأعذار».

٥- حالات أخرى متفرقة، نص عليها المشرع فى مواضع مختلفة منها[1]:

- فى بيع العروض وغيرها من المنقولات، إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع، يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى اعذار،

---

(١) م٤٦١، ٢/٧٠٦، ٧١٠، ٣/٨٠٠ مدنى.

إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد، إذا اختار البائع ذلك، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره.

- إلتزام الوكيل بفوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه من وقت استخدامها. وعلى الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة، من خالص ماله، التنفيذ المعتاد، مع فوائد هذه المبالغ من يوم إنفاقها.

- يلتزم المدين بأن يدفع للكفيل الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع.

## (هـ) هل يجب الإعذار للتعويض عن عدم التنفيذ ؟

إذا لم ينفذ المدين إلتزامه فى الميعاد المحدد لذلك وبالطريقة المتفق عليها، فإنه يلتزم بالتعويض قبل الدائن، والتعويض إما أن يكون عن عدم التنفيذ الكلى أو الجزئى، وإما أن يكون عن التأخر فى التنفيذ.

والتعويض عن عدم التنفيذ هو تنفيذ بمقابل لأنه يحل محل التنفيذ العينى ولا يجتمع معه[1]. أما التعويض عن التأخير فيجتمع مع التنفيذ العينى فى حالة قيام المدين بهذا التنفيذ بعد الموعد المحدد لذلك، كما يجتمع مع التعويض عن عدم التنفيذ إذا لم يقم المدين أصلاً بما إلتزم به، حيث يقدر القاضى تعويضاً للدائن عن الأضرار التى لحقته بسبب امتناع الدائن عن تنفيذ إلتزامه عيناً والأضرار التى لحقته من جراء التأخير فى ذلك.

وإذا كان الاعذار ليس شرطاً لقبول دعوى التعويض عن عدم التنفيذ، إلا أن أهميته تبدو فى تحديد الضرر الذى يشمله التعويض،

(١) ولكن التعويض يمكن أن يجتمع مع التنفيذ العينى الجزئى للإلتزام. فيقدر التعويض عن عدم تنفيذ الجزء الآخر من الإلتزام. كما لو أتم المقاول بعض الإنشاءات المتفق عليها دون البعض الآخر. السنهورى ص٨٣٥

فالقاعدة العامة هى أن المدين لا يسأل عن تعويض الضرر الذى يصيب الدائن بسبب التأخر فى تنفيذ الإلتزام إلا ابتداء من تاريخ الاعذار.

مؤدى ذلك أن الإجماع منعقد على أن الاعذار واجب فى التعويض عن التأخر فى التنفيذ. إلا أن الرأى قد اختلف فى شأن وجوب الاعذار لاستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ.

يذهب البعض إلى وجوب الاعذار لاستحقاق التعويض سواء بالنسبة للتأخر فى التنفيذ أو بالنسبة لعدم التنفيذ[1].

ويرى آخرون عدم وجوب الاعذار للمطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ لأن ذلك التعويض يستحق عن واقعة لا شأن للاعذار بها وهى واقعة إخلال المدين بإلتزامه إخلالاً نهائياً بعدم تنفيذه كله أو بعضه أو بتنفيذه تنفيذاً معيباً. والاعذار ليس مطلوباً إلا لإعلام المدين بأن الدائن يريد الإسراع بالتنفيذ. ولا يتصور أن يفترض أن سكوت الدائن عن مطالبة المدين معناه رضاؤه بعدم التنفيذ.

ويذهب الرأى الراجح «إلى وجوب التمييز بين فرضين فى حالة ما إذا طالب الدائن المدين بالتعويض عن عدم التنفيذ: فإما أن يكون التنفيذ العينى لايزال ممكناً، وإما أن يكون هذا التنفيذ قد أصبح غير ممكن. ففى الفرض الأول يجب الاعذار لاستحقاق التعويض لأن التنفيذ العينى لايزال ممكناً، والاعذار دعوة للمدين بأن يقوم بهذا التنفيذ وإلا دفع تعويضاً، فيكون للاعذار معنى إذ يحتمل أن يقوم المدين بالتنفيذ العينى عقب اعذاره. وفى الفرض الثانى إذا أصبح التنفيذ العينى غير ممكن، لم تعد هناك جدوى من الاعذار، إذ نكون بصدد إحدى الحالات الاستثنائية التى لا حاجة للاعذار فيها.

---

(١) وذلك لعموم نص المادة ٢١٨ مدنى «لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين».

## المبحث الثاني

## كيفية تقدير التعويض

قد يقوم القاضي بتقدير التعويض، وهذا هو التعويض القضائى، وقد يكون تقديره مقدماً باتفاق الطرفين، وهذا هو التعويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى. وأخيراً قد يتم تقدير التعويض عن طريق القانون نفسه، كما هو الحال فى تحديد سعر الفائدة عن التأخير، وهذا هو التعويض القانونى(١).

### المطلب الأول

### التعويض القضائى

يقدر القاضى التعويض عادة بمبلغ نقدى يمثل الضرر الذى لحق الدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين لإلتزامه أو لتأخره فى التنفيذ(٢).

**(أ) استحقاق التعويض :**

يلزم لكى يمكن أن يطالب الدائن المدين بالتعويض توافر شروط المسؤولية المدنية وفقاً للقواعد العامة، وهى أن يكون المدين مسؤولاً عن عدم تنفيذ إلتزامه أو التأخر فيه، أى إخلاله بإلتزامه، وألا يكون هذا الإخلال راجعاً إلى سبب أجنبى لا يد له فيه(٣).

وبالإضافة إلى ركن الخطأ المتمثل فى إخلال المدين بإلتزامه، يجب

(١) ومثاله أيضًا التعويض عن إصابة العمل. انظر مؤلفنا في قانون التأمين الاجتماعي، ١٩٩٣.

(٢) نحيل فى تفصيلات هذا الموضوع إلى مؤلفنا فى مصادر الإلتزام فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية.

(٣) وتنص المادة ٢١٥ مدنى على ذلك بقولها «إذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن إستحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين فى تنفيذ إلتزامه».

أن يترتب على هذا الإخلال ضرر للدائن وأن تقوم رابطة السببية بين الضرر والخطأ المنسوب إلى المدين، وتلك الشروط (الخطأ والضرر وعلاقة السببية) هى شروط المسؤولية بصفة عامة سواء كانت مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية[1].

إلا أن مسؤولية المدين عن الإخلال بإلتزامه ليست إلتزاماً جديداً مصدره الفعل الضار، بل هى لا تزيد عن كونها تنفيذاً بمقابل للإلتزام الثابت في ذمة المدين. أي أن إلترام المدين بالتعويض عن عدم تنفيذ إلتزامه الأصلى، لا يتضمن إنشاء إلتزام جديد، فهو إلتزام بديل للالتزام الأصلى الذى لم ينفذ تنفيذاً عينياً. أما المسؤولية التقصيرية فهى تتضمن إلتزاماً قائماً بذاته.

**(ب) تقدير التعويض بقدر الضرر :**

تقضى القواعد العامة بأن يقدر التعويض بقدر الضرر الذى يلحق الدائن من جراء إخلال المدين بإلتزامه. فالغرض الأساسى من التعويض هو جبر الضرر، لذا فإن تقدير قيمة الضرر هى الفيصل فى تحديد مبلغ التعويض. فهناك تلازم بين قدر الضرر وقيمة التعويض، لأن ذلك التعويض يلتزم به المسؤول لجبر الضرر الذى تسبب فيه للمضرور.

ومؤدى ذلك أن دور التعويض يقتصر على إزالة كل ما وقع من ضرر بغض النظر عن جسامة الخطأ الذى تسبب فيه، ومن ثم فإن التعويض يشمل كافة الأضرار ولو كان الخطأ يسيراً ولا يتجاوز التعويض مقدار الضرر مهما كان الخطأ جسيماً.

وإذا كان القضاء يلتزم بقاعدة مساواة التعويض للضرر، إلا أنه، من الناحية العملية، يأخذ فى إعتباره، عند تقدير التعويض، مدى

(١) انظر مؤلفنا في مصادر الإلتزام، ٢٠٠٤.

جسامة خطأ المدين، مما يؤدى إلى زيادة التعويض عن الضرر فى حالة الخطأ الجسيم أو الفعل العمدى، وهنا نكون بصدد عقوبة خاصة توقع على المخطئ وليس مجرد تقدير للتعويض عن الضرر الذى تسبب فيه.

بل إن المشرع يسمح بذلك فى بعض الحالات، كما هو الحال بالنسبة لتصفية الغرامة التهديدية، حيث ينبغى على القاضى، عند تقدير التعويض المستحق للدائن بسبب إخلال المدين بإلتزامه، أن يراعى، إلى جانب الضرر الذى لحق به من جراء هذا الإخلال، مقدار العنت الذى بدا من المدين فى الامتناع عن التنفيذ[1].

**(جـ) طريقة التعويض :**

يقضى القاضى، فى حالة إخلال المدين بإلتزامه، إما بتعويض عينى وإما بتعويض نقدى.

فالتعويض قد يكون عينياً بإزالة الفعل الضار، فمن يكسر لوحاً من الزجاج لشخص آخر يعوضه عن ذلك باستبداله بلوح آخر مماثل، وقد يحكم القاضى بهدم الحائط التى أقامها المالك تعسفاً لحجب النور والهواء عن جاره.

غير أنه فى أكثر الأحوال يتعذر التعويض العينى، ولاسيما فى حالات الضرر الأدبى، فيتعين الحكم للمضرور بمبلغ من النقود على سبيل التعويض، وهذا المبلغ قد يكون مجمداً أو مقسطاً.

وقد يكون التعويض فى صورة إجراء آخر[2] يزيل أثر الخطأ

---

(١) انظر ما سبق ص٤٥ .

(٢) أن الريع يعتبر بمثابة تعويض لصاحب العقار المغتصب مقابل ما حرم من ثماره، وتقدير هذا التعويض متى قامت أسبابه ولم يكن فى القانون نص يلزم باتباع معايير معينة فى خصوصه، هو من سلطة قاضى الموضوع، ولا تثريب عليه إن هو قرر قيمة التعويض المستحق لصاحب الأرض عن حرمانه من الانتفاع بأرضه بقدر الأجرة خلال المدة التى حرم فيها من هذا الانتفاع، مادام أن القاضى قدر أن فى هذه الأجرة التعويض العادل =

كالأمر بنشر حكم إدانة المسؤول عن القذف أو السب فى الصحف ترضية لمن وجه إليه القذف أو السب[1].

### (د) عناصر التعويض :

يجب أن يكون التعويض جابراً لكافة الأضرار التى تلحق الدائن سواء بسبب عدم تنفيذ المدين لإلتزامه أو بسبب التأخر فى التنفيذ، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب[2]. أما

---

= الجابر للضرر الناشئ عن هذا الحرمان (نقض ١٥/١٠/١٩٧٤ س٢٥ ص١١٤٦).

وإن كان تقدير التعويض عن الضرر من المسائل الواقعية التى يستقل بها قاضى الموضوع، إلا أن تعيين عناصر الضرر التى يجب أن تدخل فى حساب التعويض هو من المسائل القانونية التى يخضع فيها لرقابة محكمة النقض (نقض ٤/٢/١٩٧١ س١٤ ص١٧٢).

يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام. ومقتضى ذلك أن الناقل يكون مسؤولاً عن هلاك البضاعة أو فقدها أثناء الرحلة البحرية بمقدار الثمن الذى ينتج من بيعها فى ميناء الوصول بالسوق الحرة التى تخضع لقواعد العرض والطلب (نقض ١٧/٤/١٩٧٣، س٢٤ ص٦١٦).

(١) وتنص المادة ١٧١ مدنى على ذلك بقولها «١- يعين القاضى طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسطاً، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ويجوز فى هاتين الحالتين إلزام المدين أن يقدم تأميناً. ٢-ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضى تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض».

(٢) م٢٢١ مدنى، وجرى قضاء النقض على أن لمحكمة الموضوع أن تقضى بتعويض إجمالى عن جميع الأضرار التى حاقت بالمضرور، ولكن الدوائر المدنية بتلك المحكمة تستلزم أن تبين محكمة الموضوع فى حكمها عناصر الضرر الذى قضت من أجله بالتعويض وأن تناقش كل عنصر منها على حدة وأن تبين وجه أحقية طالب التعويض فيه أو عدم أحقيته وإلا كان الحكم مشوباً بالقصور المبطل (نقض ٨/٢/١٩٧٧ س٢٨ ص٣٩٥).

إذا لم يصب الدائن أى ضرر، فإنه لا يكون هناك محل للتعويض. ويقع على الدائن عبء إثبات مقدار الضرر أى مقدار ما لحقه من خسارة أو ما فاته من كسب.

فإصابة الشخص فى جسمه يترتب عليها نفقات العلاج، والحرمان من الكسب أثناء التعطل عن العمل (الكسب الفائت). وامتناع الفنان عن إحياء الحفلة المتعاقد عليها يترتب عليه إلزامه بدفع تعويض للدائن عما أصابه من خسارة بسبب ما تحمله من نفقات وجهد لتنظيم الحفل، هذا بالإضافة إلى ما ضاع عليه من كسب كان سيعود عليه من إتمام هذا الحفل. ونفس الحكم إذا امتنع المدين عن تسليم البضاعة المتفق عليها، فإنه يلتزم بأن يدفع للدائن تعويضاً يشمل ما لحقه من خسارة بسبب اضطراره لشراء هذه البضاعة بثمن أعلى، وكذا الربح الذى كان سيعود عليه من وراء الإتجار فى هذه البضاعة إذا سُلمت إليه فى الميعاد.

**(هـ) حدود التعويض:**

يقدر القاضى التعويض طبقاً للظروف الملابسة، ويدخل هذا التقدير فى سلطة قاضى الموضوع بلا معقب عليه فى ذلك، بل حسبما يتبينه من ظروف الدعوى[1]. وهو يراعى فى ذلك ما يلى:

١- يشمل التعويض الضرر **المباشر دون الضرر غير المباشر**. يجب أن يكون الضرر موضوع التعويض نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ المدين لإلتزاماته، أو للتأخر فى الوفاء بها، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول[2]. أى أن توجد بين الخطأ والضرر رابطة سببية مباشرة وإلا انتفت المسؤولية،

(١) نقض ١٩٧٤/١/٣ س٢٥ ص٨٠.

(٢) م١/٢٢١ مدنى. نقض ٢٠٠٠/٥/٢٨ طعن٣٩٥٦س٦٨ق.

سواء كانت عقدية أم تقصيرية.

فقد يؤدى الفعل الواحد إلى سلسلة من الأضرار، كل منها يترتب على سابقة، فهنا لا تقوم رابطة السببية إلا بين الخطأ وبين الضرر المباشر المترتب على هذا الخطأ، أما الأضرار غير المباشرة فلا تقوم بينها وبين الخطأ علاقة سببية، ولا يلتزم المسؤول بتعويضها.

ومثال ذلك، الشخص الذى شحن آلة رى فى القطار، فوقع حادث للقطار أدى الى تلف هذه الآلة، فرفع صاحبها دعوى على مصلحة السكك الحديدية ليطالبها بالتعويض عن الأضرار المتعاقبة التى لحقته وهى تلف الآلة وعدم انتفاعه بالبئر التى حفرها لتركيب الآلة وعدم انتفاعه بأرضه وتلف زراعته وفقدانه للربح الذى كان سيحصل عليه نتيجة رى أراضى الجيران. ولكن القضاء فى هذا المثال لا يحكم بالتعويض إلا عن الأضرار المباشرة وهى تلف الآلة أما الأضرار غير المباشرة فليست نتيجة طبيعية للحادث وكان من الممكن توقى نتائجه ببذل جهد معقول كشراء آلة أخرى أو رى الأرض بوسيلة بديلة[1].

٢- يقتصر التعويض فى المسؤولية العقدية عن الضرر المباشر **متوقع الحصول**، أما فى المسؤولية التقصيرية فيكون التعويض عن أى ضرر مباشرة سواء كان متوقعاً أو غير متوقع[2]. أما إذا ارتكب المدين غشاً أو خطأ جسيماً، فإنه يسأل عن جميع الأضرار متوقعة كانت أو

---

(١) وقضى على العكس بأنه «إذا حمل الحكم مصلحة الآثار مسؤولية خطئها عن سحب الرخصة من متجر بالآثار، وما ترتب على هذا السحب من اعتباره متجراً بغير رخصة، وتحرير محضر مخالفة له ومهاجمة منزله. وإزالة اللوحة المعلقة على محل تجارته، وقضى له بناء على ذلك بتعويض عما لحقه من هذه الأضرار فقضاؤه صحيح قانوناً (نقض ١٩٣٦/٤/٩ المحاماة س١٧ ص٧٤).

(٢) نقض ١٩٦٥/١١/١١ س١٦ ص١٠٠٩.

غير متوقعة، حتى ولو كانت مسؤوليته عقدية.

ويقصد بذلك الضرر الذى يمكن توقعه عادة وقت التعاقد. ويجب لاعتبار الضرر متوقعاً أن يتوقعه الشخص العادى فى مثل الظروف الخارجية التى وجد فيها المدين وقت التعاقد، لا الضرر الذى يتوقعه هذا المدين بالذات، أى أن الضرر المتوقع يقاس بمعيار موضوعى لا بمعيار شخصى. ولا يكفى توقع سبب الضرر فحسب، بل يجب توقع مقداره ومداه[1].

مثال ذلك أن يعهد شخص إلى أمين نقل بطرد لشحنة ضمن البضائع والأمتعة العادية، فضاع أثناء النقل أو هلك، لا يكون له الحق فى أن يحصل من الناقل إلا على تعويض معادل لقيمة الأشياء التى يضعها الناس عادة فى مثل هذا الطرد. فإذا تبين أن الطرد كان يحتوى على مجوهرات ثمينة وأوراق مالية، لم يكن الناقل مسؤولاً عن قيمتها، لأن العادة لم تجر على وضع هذه الأشياء فى طرد خاص بالبضائع، وليس بوسع الناقل أن يتوقع وجودها، خاصة وأن مظهر الطرد لا يدل على ذلك، وكان ينبغى إخطار الناقل بذلك حتى يتخذ الاحتياطات اللازمة، أى أن فقدان هذه الأشياء الثمينة يعتبر ضرراً غير متوقع لا يسأل عنه الناقل[2] إلا إذا كان قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً.

**٣- ويشترط لاستحقاق التعويض أن يكون الضرر حالاً أو محقق**

(١) نقض ٧٣/٤/١٧ س٢٤ ص١١٦، ٧١/٢/٤ س٢٢ ص١٧٢ .

(٢) تتمثل مسؤولية الناقل فى أن يسلم البضاعة إلى المرسل إليه فى ميناء الوصول طبقاً للبيان الوارد بشأنها فى سند الشحن وأن يلزم بتعويض المرسل إليه عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب طبقاً لما يتوقعه الشخص المعتاد (نقض ١٩٧٠/٣/٣١ س٢١ ص٥٣٨).

**الوقـوع ولو كـان مسـتـقبلاً**، أمـا إذا كـان احـتـمـاليـاً فـلا يـسـتـحق عنه التـعـويض إلا بحدوثه فـعلاً. والـضـرر الحال هو الذى وقع فـعـلاً، وقـد لا يكون الضرر حالاً بل مستقبلا. ولكنه مع ذلك محقق الوقوع، وفى هذه الحالة يتوافر ركن الضرر. وقد يكون الضرر المستقبل محقق الوقوع فى وجوده، ولكنه غير مـحدد فى مقـداره، كمن يصاب فى حـادث أثنا ء تنفيـذ عـقد نقل ولا يعرف وقت الإصابة الآثار النهائيـة لهذا الحـادث، فـهنا يثبت للمصـاب الحق فى التعـويض، ولكنه يقدر عند تقدير الضرر بصفة نهائية، أمـا إذا كـان الضرر إحتـمـاليـاً فإنه لا يرتب مسـؤوليـة إلا عند وقوعه فعلاً[1].

فـلا تجوز المطالبة بالتعـويض إلا إذا كـان الضرر مـحققـاً، ويكون الضرر مـحقـقاً إذا وقع فـعلاً أو كـان واقعـاً حتـماً فى المستـقبل، فـالضرر المسـتـقبل يمكن أن يؤدى إلى تعويض إذا كـان من المؤكد أنه سيـتـحقق، فـمن يصاب بعـاهة يقع له ضـرر حال يتـمثل فى فـقـد العـضـو ومـا يتـرتب على ذلـك من عـلاج ومـا صـاحـبـه من ألـم، ويقع لـه ضـرر آخـر مـحـقق مستقبل هو عجزه عن ممارسة مهنته[2].

(١) فإذا أصاب الضرر شخصاً بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصاً آخر فلابد من توفر حق لهذا الغير يعتبر الإخلال به ضرراً أصابه، وأذن فالعبرة فى تحقق الضرر المادى للشخص الذى يدعيه نتيجة لوفاة شخص آخر هو أن يثبت أن المجنى عليه كان يعوله فعلاً وقت وفاته وعلى نحو مستمر دائم وأن فرصة الاستمرار على ذلك فى المستقبل كانت محققة، فيقدر القاضى ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائلة ويقضى له بتعويض على هذا الأساس، فمجرد احتمال وقوع ضرر فى المستقبل لا يكفى للحكم بالتعويض (نقض ١٩٧٨/٦/١٩ س٢٩ ص٦٣٤)

(٢) ولما كان الطاعن لم يقتصر فى طلباته على تعويضه بما تكبده من نفقات علاج ابنته بل ضمنها ما ينتظر تكبده من مصاريف علاجية وعمليات جراحية وتجميلية لابنته المجنى عليها . فإنالحكم المطعون فيه إذ قصر قضاءه بالتعويض عما تكبده الطاعن من نفقات العلاج الفعلية ولم يدخل الحكم عنصر الضرر المستقبل فى تقدير التعويض عن =

ولكن قد يكون الضرر المستقبل غير مؤكد أى محتمل، فالأصل فى هذا الضرر ألا يحكم فيه بتعويض إلا إذا وقع فعلاً. فالإتلاف الذى يحدثه شخص فى منزل شخص آخر يعتبر ضرراً محققاً، ولكن ما قد يترتب عليه من انهدام المنزل فهو ضرر محتمل لا يستحق عنه التعويض إلا إذا انهدم المنزل فعلاً فى المستقبل.

على أنه إذا كنا بصدد **تفويت فرصة** من الفرص على شخص مثل حرمانه من دخول إمتحان أو مسابقة، فإننا نكون بصدد ضرر محقق يتمثل فى حرمان الشخص من الاستفادة بفرصته ولو لم يكن الكسب أو النجاح مضموناً، إذ أن هناك كسب احتمالى كان يمكن أن يتحقق أو لا يتحقق، وقد قضى الفعل الضار على إحتمال تحققه.

فإذا كان مجرد تفويت الفرصة يعتبر فى ذاته ضرراً محققاً يستحق التعويض، إلا أن هذا الضرر لا يقدر بمقدار الكسب الذى فاتت فرصته ولكن على ضوء احتمالات النجاح أو الكسب(١).

٤- والضرر إما أن يكون **مادياً وإما أن يكون أدبياً**، ويتمثل فى الأذى الذى يصيب الشخص فى حق من حقوقه أو فى مصلحة مشروعة.

---

= الحادث ولم يناقشه فى أسبابه فإنه يكون معيباً بالقصور (نقض ١٩٧٧/٢/٨ س٢٨ ص٣٩٥)

وقضي بأن تعويض الوالد عن فقد ابنه لا يعتبر تعويضًا عن ضرر محتمل الحصول في المستقبل، إذ مثل هذا التعويض إنما يحكم به عن فقد الولد وما يسببه هذا الحادث من اللوعة للوالد في أي حال (نقض١٩٧٧/٢٢س٢٨ص٧٣٢).

(١) وقضى بأن القانون لا يمنع من أن يدخل فى عناصر التعويض ما إذا كان للمضرور من رجحان كسب فوته عليه العمل غير المشروع، ذلك أنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً، فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه. ولا يعيب الحكم استبعاده من عناصر الضرر الحرمان من مكافآت طالما أن نظره بنى على أن المدعى به فى هذا الصدد أمر إحتمالى وليس محقق الوقوع (نقض ١٩٥٩/٢/٣ س١٠ ص٧٥٠).

وإذا كان الضرر المادى يمكن تقويمه بالنقود مثل الضرر الذى يصيب صاحب البضاعة من جراء عدم وصولها بسبب خطأ الناقل، فإن الضرر الأدبى يتمثل فى الألم الذى يصيب الشخص لسبب يمس عاطفته أو شعوره أو كرامته. ومثال ذلك الطبيب الذى يذيع أسراراً عن مريضه مما يسبب له ضرراً فى سمعته، والوكيل الذى يفشى أسرار موكله.

فالضرر المادى يرتبط بالمصالح المالية، وهو ما يسبب خسارة مالية مثل فقدان مال من الأموال أو الاضطرار إلى إنفاق مال لم يكن المضرور مضطراً إلى إنفاقه، أو الحرمان من كسب الأموال. أما الضرر الأدبى فيتمثل فى إصابة المضرور فى شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه مثل إصابة الشخص بتشوه أو تعرضه للقذف أو السب أو حزنه لفقد شخص عزيز عليه.

ويجب أن يشمل التعويض كل من الضرر المادى والضرر الأدبى، ولكن التعويض عن الضرر الأدبى يقتصر على المضرور نفسه، فلا ينتقل إلى غيره مثل ورثة المضرور بعد وفاته، إلا بإحدى طريقيتين: ١-أن يكون المضرور قد اتفق مع المسؤول عن الضرر على مبدأ التعويض وعلى مقداره. ٢-أن يكون المضرور قد رفع دعوي التعويض فعلاً أمام القضاء.

أما فى حالة الضرر الأدبى الناشئ عن موت المصاب فإن الحق فى طلب التعويض لا يكون إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية. معنى ذلك أن الحق فى التعويض مقصور على الزوج الحى والأب والجد والابناء والأخوة. ولازم ذلك أن المشرع إن كان قد خص هؤلاء الأقارب بالتعويض عن الضرر الأدبى فلم يكن ذلك ليحرمهم مما لهم من حق أصيل فى التعويض عن الضرر المادى إن توافرت شروطه(١).

---

(١) نقض ١٩٦٤/٤/٣٠ س١٥ ص٦٣١ .

٥- يقدر التعويض عن الضرر بالصورة التى وصل إليها وقت **النطق بالحكم** لا فى تاريخ وقوعه ولا فى تاريخ رفع الدعوى، وقد يترتب على ذلك أن يزيد مقدار التعويض عن تقديره وقت حدوث الضرر، وقد يترتب عليه أيضاً أن يكون أقل أهمية.

بل أن القضاء يستطيع أن يحتفظ للمضرور بحقه فى المطالبة بتعويض عما يطرأ من أضرار بعد الحكم، فإن لم يتيسر للقاضى وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير(١).

٦- يجب أن يراعى القاضى- عند تقدير الضرر- الظروف الخاصة بالمضرور أى الظروف الملابسة لوقوع الضرر، كأن يكون شخصاً يتعيش من عمله، وكأن يكون هو العائل لأسرته.

## المطلب الثانى

## التعويض الاتفاقى (الشرط الجزائى)

### (أ) التعريف بالشرط الجزائى :

قد يتفق المتعاقدان مقدماً على تقدير التعويض الذى يستحقه الدائن فى حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخير فيه، فهو تقدير اتفاقى للتعويض يتم الاتفاق عليه قبل وقوع الضرر بالفعل. فالشرط الجزائى هو مبلغ جزافى يقدر به الطرفان مقدماً التعويض المستحق عن الضرر الذى يلحق أحدهما نتيجة خطأ الآخر.

---

(١) فللمضرور من أى عمل غير مشروع أن يطالب بتعويض الضرر، سواء فى ذلك ما كان قائماً وقت الفعل أو ما حدث من ضرر بعد ذلك إلى تاريخ الحكم، وقد جرى القضاء بأنه كلما كان الضرر متغيراً يتعين على القاضى النظر إليه، لا كما كان عندما وقع، بل كما صار إليه عند الحكم (نقض ١٤/١١/١٩٥٧ س٨ ص٧٨٣).

والأصل أن يوضع الشرط الجزائى فى نفس العقد الأصلى الذى يستحق التعويض على أساسه، وليس هناك ما يمنع من أن يتضمنه اتفاق لاحق لهذا العقد، ولكن بشرط أن يكون هذا الاتفاق سابقاً على وقوع الضرر أى سابقاً على عدم التنفيذ أو التأخر فيه[1].

ومن أمثلة الشرط الجزائى، الاتفاق فى عقد المقاولة على التزام المقاول بدفع مبلغ معين عن كل فترة زمنية يتأخر فيها عن تسليم الأعمال المتفق عليها. وكثيراً ما تتضمن لائحة المصانع شروطاً جزائية تقضي بخصم مبالغ معينة من أجرة العامل جزاء الاخلال بالتزاماته. وتتضمن عقود النقل، فى أغلب الأحيان، تحديداً للمبلغ الذى يدفعه الناقل (كشركات الطيران أو السكة الحديد) فى حالة فقد البضاعة أو تلفها.

ويتناول الشرط الجزائى، عادة، تقدير التعويض بمناسبة المسؤولية العقدية، أى فى حالة الإخلال بالتزام تعاقدى، ولكن لا شئ يمنع من الالتجاء إليه فى ميدان المسؤولية التقصيرية أى بمناسبة التعويض المستحق عن الإخلال بالتزام غير تعاقدى كالعمل غير المشروع. مثال ذلك إتفاق صاحب ورشة مع جيرانه على مقدار التعويض عن الأضرار غير المألوفة التى يسببها لهم نشاطه مستقبلاً، والاتفاق مقدماً على تعويض يستحقه الدائن فى حالة فسخ العقد أو الرجوع فى وعد كالوعد

---

(١) وتنص المادة ٢٢٣ مدنى على ذلك بقولها «يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها فى العقد أو فى اتفاق لاحق».

بالزواج.

والأصل أن يتم تحديد التعويض، المقدر بالشرط الجزائى، بمبلغ من النقود، ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يكون شيئاً آخر، كما لو اتفق فى عقد إيجار أرض زراعية على أن يلتزم المستأجر بتسليمها خالية فى وقت محدد وإلا صارت المزروعات الموجودة بها ملكاً للمؤجر تعويضاً له عن الإخلال بهذا الاتفاق.

**(ب) وظائف الشرط الجزائى :**

يمكن أن يستخدم الشرط الجزائى لتحقيق عدة أغراض أهمها:

١- تقدير التعويض المستحق عند الإخلال بالإلتزام، مما يجنب الأطراف مشقة الدخول فى المنازعات وتفادى تحكم القضاء وتدخل أهل الخبرة، ويؤدى ذلك إلى توفير المناقشات والجدل حول مقدار التعويض بحيث يعلم المدين مسبقاً مدى ما يلتزم به عند عدم تنفيذ التزامه أو التأخر فيه[١].

---

(١) يلعب الشرط الجزائى، فى هذه الحالة دوراً هاماً فى تأكيد التزام المدين، وقضى بأن الشرط الجزائى متى تعلق بالتزام معين وجب التقيد به وإعماله فى حالة الإخلال بهذا الإلتزام، أياً كان الوصف الصحيح للعقد الذى تضمنه بيعاً كان أو تعهداً من جانب الملتزم بالسعى لدى الغير لإقرار البيع، وإذن فإذا كان الحكم، مع إثباته إخلال الملتزم بما تعهد به بموجب العقد من السعى لدى من ادعى الوكالة عنهم لإتمام بيع منزل فى حين أنه التزم بصفته ضامناً متضامناً معهم بتنفيذ جميع شروط العقد، لم يعمل الشرط الجزائى المنصوص عليه فى ذلك العقد قولاً بأن العقد فى حقيقته- لا يعدو أن يكون تعهداً شخصياً بعمل معين من جانب المتعهد، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (نقض ١٩٥٠/١/١٢ س١ ص١٨٠).

٢- يقصد بالشرط الجزائى، أحياناً، التعديل فى أحكام المسؤولية المدنية بالتخفيف أو بالتشديد على حسب الأحوال.

فإذا كان مبلغ التعويض المتفق عليه أقل بكثير من الضرر المتوقع حصوله من جراء عدم التنفيذ، كان الشرط الجزائى مقيداً أو محدداً لمسؤولية المدين، أما إذا كان هذا المبلغ مبالغاً فيه، فإننا نكون بصدد تشديد لمسؤولية المدين، ويقوم الشرط الجزائى، فى هذه الحالة بدور التهديد المالى، حيث يهدف إلى تحذير الملتزم من الإخلال بالتزامه، وتهديده بالجزاء الشديد المشترط لحمله على الوفاء فى الموعد المتفق عليه.

ويحدث ذلك غالباً فى عقد المقاولة حيث يلتزم المقاول بمبلغ معين عن كل يوم يتأخر فيه عن إنجاز العمل المتفق عليه فى الموعد المحدد، فالشرط الجزائى هنا يأخذ حكم الغرامة التهديدية القضائية كما رأينا من قبل(١).

٣- يلجأ الأطراف، فى بعض الحالات، إلى الشرط الجزائى كوسيلة للتحايل على بعض أحكام القانون، مثال ذلك الرغبة فى الحصول على فوائد تتجاوز الفوائد القانونية، وإخفاء ذلك تحت ستار الشرط الجزائى، هنا، لاشك، يدخل فى سلطة القاضى تعديل حكم الشرط على نحو يتفق وصحيح القانون.

**(جـ) تمييز الشرط الجزائى عما يشتبه به من أوضاع :**

١- يتميز الشرط الجزائى عن **الصلح**، فى أن الأول يتم قبل وقوع الضرر، أما الصلح فهو اتفاق الدائن مع المدين على تقدير التعويض بعد وقوع الضرر بالفعل.

٢- ويختلف الشرط الجزائى عن **العربون** الذى هو مبلغ من المال

(١) انظر ما سبق ص٤٤ .

يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند التعاقد وذلك إما بقصد تمكين كل منهما من العدول عن العقد مقابل خسارة المبلغ الذى دفعه أو قيام من تسلم هذا المبلغ برد ضعفه إذا عدل، وإما بقصد تأكيد انعقاد العقد، أى للدلالة على أن التعاقد قد أصبح نهائياً، ويسمى العربون فى الحالة الأولى بعربون العدول أما فى الحالة الثانية فيسمى بعربون الإثبات.

فبالنسبة للعربون لا يشترط وجود خطأ أو ضرر، أما الشرط الجزائى فيفترض وجود خطأ من جانب المدين يتمثل فى عدم تنفيذ التزامه، ويترتب على هذا الخطأ ضرر أصاب الدائن، ويترتب على ذلك أن الشرط الجزائى يجوز تخفيضه حتى يتناسب مع مقدار الضرر، أما العربون فلا يجوز تخفيضه.

أضف إلى ذلك أن العربون يعطى طرفى العقد الخيار بين تنفيذ العقد وبين العدول عنه فى مقابل دفع مبلغ العربون، أما فى حالة الشرط الجزائى فيظل المدين ملزماً بتنفيذ التزامه الأصلى إذا طلب الدائن إليه ذلك وكان هذا التنفيذ ممكناً، فهذا الشرط ليس إلا تقديراً للتعويض، أى تنفيذاً بمقابل عن طريق التعويض.

وينبغى الرجوع إلى نية المتعاقدين لمعرفة ما إذا كانا قد أرادا بالعربون تحديد قيمة جزافية لا يجوز الانتقاص منها، أو تقدير تعويض اتفاقى يجوز انتقاصه، لاسيما إذا كان الجزاء المشروط فادحا(١).

---

(١) استظهار نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيه، فله أن يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها أن المتعاقدين قصدا به أن يكون البيع تاماً منجزاً بشرط جزائى ولم يقصدا أن يكون بيعاً بعربون أو بيعاً معلقاً على شرط فاسخ (نقض ١٩٣٣/١/٥ مجموعة عمر١ ص١٦٣).

=

### (د) خصائص الشرط الجزائي:

يتميز الشرط الجزائي بعدة خصائص هي:

**أولاً- الإلتزام بالشرط الجزائي تابع للالتزام الأصلي:** إن الشرط الجزائي لا ينشأ بصفة مستقلة، بل بالتبعية لإلتزام أصلي، فالإلتزام المدين بالشرط الجزائي هو إلتزام تابع للإتصال الأصلي الذي قد يكون مصدره العقد أو غيره من مصادر الإلتزام. إن الشرط هو إتفاق على جزاء الإخلال بهذا الإلتزام. ويترتب على تلك التبعية:

١- يترتب على بطلان الإلتزام الأصلي بطلان الشرط الجزائي كما لو تعهد شخص بارتكاب جريمة وإلا إلتزم بدفع مبلغ من المال[١]، أما

---

= وقد يحمل عربون العدول على أنه شرط جزائي، حيث قضى بأن اشتراط جزاء عند عدم قيام المتعهد بما التزم به جائز في كل مشارطة، سواء أكانت بيعاً أم معاوضة أم إجارة أم أي عقد آخر، والعربون بهذا المعنى ليس خاصاً بعقود البيع وحدها (نقض ١٩٣١/١٢/١٧ عمر١ ص٣٠).

ويجب تمييز الشرط الجزائي عن الاتفاق المتعلق بتحديد شروط الثمن أو الأجرة أو المقابل بوجه عام. فقد قضى بأنه إذا اشترط في عقد إيجار الأطيان أنه «في حالة زراعة القطن مكرراً يزاد الإيجار المستحق بما يوازي الإيجار الأصلي عن القدر الذي يزرع قطناً مكرراً، ورأت المحكمة أن هذا الشرط ليس شرطاً جزائياً يستلزم القضاء به التحقق من أن المؤجر قد لحقه ضرر بسبب مخالفة عقد الإيجار، وإنما هو إتفاق على مضاعفة الأجرة في حالة معينة، وهي تكرار زراعة القطن في الجزء الواحد من الأرض سنتين متواليتين، ثم أعطته على هذا الاعتبار حكمه، وهو القضاء بالأجرة المضاعفة طبقاً لعقد الإيجار. فلا تقبل المناقشة في ذلك لدى محكمة النقض مادام التفسير الذي أخذت به المحكمة متفقاً تمام الاتفاق مع مدلول عبارة العقد (نقض ١٩٤٣/١٢/١٨ مجموعة عمر ٤ ص٥٨). انظر مؤلفنا في القانون الزراعي، ١٩٩٥.

(١) ومن الأمثلة التي يوردها الفقه في هذا الصدد «أن يتعهد شخص بألا يطلق زوجته حتى لو خانت الأمانة الزوجية، وإلا دفع لها مبلغاً معيناً على سبيل التعويض. هذا الشرط الجزائي باطل لأنه تابع لتعهد باطل لمخالفته للنظام العام والآداب (استئناف مختلط =

بطلان الشرط الجزائى فلا يستتبع بطلان الإلتزام الأصلى، لأن الشرط الجزائى التزام تابع، فلا يتعلق به مصير الإلتزام الأصلى[1].

٢- إذا انقضى الإلتزام الأصلى بأى سبب من أسباب الانقضاء كما لو استحال تنفيذه بقوة قاهرة، فلا تجوز المطالبة بالشرط الجزائى، وكذلك الحال إذا سقط الإلتزام الأصلى نتيجة لفسخ العقد فإن الإلتزام بالشرط الجزائى يسقط بالتبعية، ويتحقق ذلك فى حالة ما إذا إختار الدائن، عند إخلال المدين بإلتزامه، فسخ العقد بدلاً من التنفيذ بمقابل أى بقيمة الشرط الجزائى، وهنا لا يكون للدائن سوى المطالبة بتعويض يقدره القاضى وفقاً للقواعد العامة دون اعتداد بالتعويض المقدر فى الشرط الجزائى[2]. وذلك ما لم يكن هذا الشرط قد وضع لمواجهة الضرر الذى يلحق الدائن نتيجة الفسخ.

٣- إن جميع الأوصاف التى يتسم بها الإلتزام الأصلى تلحق بالتبعية الشرط الجزائى، فيكون هذا الشرط موصوفاً وصف الإلتزام

---

= ١٩١٢/٢/٢٢ م٢٤ ص١٦٤). ولكن للزوجة شرعاً أن تشترط على زوجها تطليق ضرتها، كما لها أن تشترط عليه ألا يتزوج عليها، وإلا طلقت منه واستحقت تعويضاً، وليس للمحكمة أن تمتنع عن التصديق على التعويض المقدر إلا إذا ثبت أنه جائز وغير مقبول وغير متناسب بالمرة مع الضرر الذى سببه الطلاق (شبين الكوم ١٩٣٠/١٢/١٠ المحاماة١١ ص٥٤٠).

(١) «مثال ذلك أن يشترط الدائن المرتهن، كشرط جزائى، إذا لم يستوف الدين عند حلوله، أن يبيع العين المرهونة دون اتباع الإجراءات الواجبة قانوناً أو أن يتملك العين، ففى هذه الحالة يكون الشرط الجزائى باطلاً دون أن يبطل الالتزام الأصلى».

(٢) الشرط الجزائى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- التزام تابع للالتزام الأصلى إذ هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الإلتزام، فإذا سقط الإلتزام الأصلى بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائى ولا يعتد بالتعويض المقدر بمقتضاه، فإن استحق تعويض للدائن تولى القاضى تقديره وفقاً للقواعد العامة التى تجعل عبء إثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن (نقض ١٩٧٨/٤/١٨ س٢٩ ص١٠٢٠).

الأصلى من شرط وأجل وتضامن ونحو ذلك.

**ثانياً- الإلتزام بالشرط الجزائى هو إلتزام إحتياطى:** لأنه بمثابة تنفيذ بمقابل عن طريق التعويض، لا يتم اللجوء إليه إلا عند عدم تنفيذ الإلتزام عيناً، فالتنفيذ العينى هو الأصل. ويترتب على ذلك:

١- لا يستطيع الدائن أن يطالب إلا بالإلتزام الأصلى، مادام تنفيذه ممكناً، فهو لا يستطيع أن يختار بين الإلتزام الأصلى والشرط الجزائى فيطلب تنفيذ أيهما، لأن هذا الشرط لا يعتبر إلتزاماً تخييرياً.

٢- لا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن إلا الالتزام الأصلى، فهو لا يستطيع أن يعدل عن تنفيذ هذا الإلتزام، إذا كان ممكناً، إلى تنفيذ الشرط الجزائى كبديل للإلتزام الأصلى، لأن هذا الشرط لا يعتبر إلتزاما بدلياً، فالدائن لا يكون ملزماً بقبول التعويض إلا فى الأحوال التى يتعذر فيها تنفيذ الإلتزام الأصلى عيناً، بل ويمكنه القيام بالتنفيذ العينى على نفقة المدين بعد الحصول على إذن القضاء.

**(هـ) شروط استحقاق الشرط الجزائى :**

قدمنا أن الشرط الجزائى هو تقدير جزافى للتعويض، فهو إتفاق مسبق على التعويض، والسبب فى استحقاق التعويض ليس هو الشرط الجزائى، بل هو عدم قيام المدين بتنفيذ إلتزامه، أو التأخر فيه.

ويتعين لإعمال الشرط الجزائى توافر شروط استحقاق التعويض بصفة عامة وهى الخطأ والضرر وعلاقة السببية والإعذار[1].

(١) «ليس الشرط الجزائى فى جوهره إلا مجرد تقدير اتفاقى للتعويض الواجب أداؤه. فلا يعتبر بذاته مصدراً لوجوب هذا التعويض، بل للوجوب مصدر آخر قد يكون التعاقد فى بعض الصور، وقد يكون العمل غير المشروع فى صور أخرى، فلا بد لاستحقاق الجزاء المشروط إذن من اجتماع الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض وهى الخطأ والضرر والاعذار (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٥٧٣). نقض١٢/٦/٢٠٠١ طعن ١٨٥٩ س٧٠ق.

١- يشترط لإستحقاق الشرط الجزائى أن يكون هناك خطأ من جانب المدين، ويقع على الدائن عبء إثبات هذا الخطأ[١]. فإذا كان المدين ملتزماً بتحقيق نتيجة، فيكفى لإثبات الخطأ أن يقيم الدائن الدليل على عدم تحقق هذه النتيجة، فيفترض الخطأ فى جانب المدين، ويكون على هذا الأخير إذا أراد نفى المسؤولية عن نفسه إقامة الدليل على وجود السبب الأجنبى.

فإذا كان عدم التنفيذ أو التأخر فيه يرجع لسبب أجنبى لا يد للمدين فيه، فلا مسؤولية فى جانبه، ولا يكون ملتزماً بالتعويض، وليس للدائن الحق فى مطالبته بالشرط الجزائى، لأن هذا الشرط ليس إلا تقدير لتعويض مستحق، والتعويض لا يكون مستحقاً إذا لم يكن هناك خطأ من المدين.

٢- ويلزم لإستحقاق الشرط الجزائى كذلك إصابة الدائن بضرر، فلا يحق للدائن أن يطالب بإعمال الشرط إذا لم يصبه ضرر من عدم التنفيذ أو التأخر فيه[٢].

وتقضى القواعد العامة بوجوب إثبات الدائن للضرر، أما فى حالة الشرط الجزائى. فإن عبء الإثبات ينتقل من الدائن إلى المدين،

---

(١) وقضى بأنه إذا نص فى العقد على شرط جزائى عند عدم قيام المتعهد بما التزم به، فلمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى اعتباره مقصراً أو غير مقصر حسبما يتراءى لها من الأدلة المقدمة، ولا سلطة لمحكمة النقض عليها فى هذا التقدير (نقض ١٩٣١/١٢/١٧ مجموعة عمر١ ص٣٠).

(٢) لما كان اشتراط الدائن فى العقد جزاءاً مقدماً عند عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه جائزاً ولا مخالفة فيه للنظام العام وكان المدين لم يدع فى كافة مراحل التقاضى أن ضرراً لم يعد على الدائن من تقصيره فى تنفيذ تعهده، فإن الحكم الذى رفض القضاء بالتعويض لا يكون قد خالف القانون (نقض ١٩٥٥/٤/١٤ س٦ ص٩٤٦).

فيُكتفى من الدائن إثبات خطأ المدين، فيفترض آنذاك وقوع الضرر. فثبوت إخلال المدين بالتزامه يعنى ثبوت ضرر للدائن. ويجوز للمدين أن يثبت أن الدائن لم يلحقه ضرر ليتخلص من الشرط الجزائى، أى أن التعويض الاتفاقى لا يكون مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر(١).

٣- كما يلزم أن تقوم رابطة السببية بين الضرر وخطأ المدين، فإذا انتفت هذه الرابطة بأن كان الضرر راجعاً إلى سبب أجنبى، فلا مجال

---

(١) وتنص المادة ١/٢٢٤ مدنى على ذلك بقولها «لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر».

إذا كان الشرط الإضافى الوارد فى العقد قد ألزم البائع بدفع فرق السعر عن الكمية التى لا يوردها، فإن تحقق مثل هذا الشرط جعل الضرر واقعاً فى تقدير المتعاقدين، فلا يكلف الدائن بإثباته ويقع على عاتق المدين (البائع) فى هذه الحالة عبء إثبات انتفاء الضرر اعمالاً للشرط الجزائى (نقض ٥٩/١١/١٢ س١٠ ص٦٤١).

متى كان الحكم المطعون فيه قد أثبت أن الطاعن أخل بالتزامه بتوريد باقى الكمية المتعاقد عليها، فيكون مسؤولاً عن التعويض، وكان الطرفان قد اتفقا بالعقد على تقدير هذا التعويض، فان هذا الشرط الجزائي يقتضي أن يكون علي الطاعن عبء إثبات أن مورث المطعون عليهم لم يصبه ضرر نتيجة عدم التوريد (نقض ١٩٧٤/١٢/١٢ س٢٥ ص١٤٢٧).

وقضى بأنه متى كان الطاعن اتفق مع المطعون عليه على أن يحصل من ابنه على إجازة العقد الخاص بإشراكه فى إدارة عمل رسا على ابن الطاعن، كما اتفقا على أنه إذا أخل الطاعن بهذا الالتزام فيدفع للمطعون عليه مبلغاً معيناً بصفة تعويض، وكان مقتضى هذا الشرط الجزائى أن يكون على الطاعن الذى أخل بالتزامه- فحق عليه التعويض- عبء إثبات أن ابنه قد خسر فى الصفقة وأنه بذلك لا يكون قد أصاب المطعون عليه ضرر نتيجة عدم إشراكه فى العمل المذكور، وكان يبين من الأوراق أن الطاعن قصر دفاعه على مجرد القول بأن ابنه خسر فى الصفقة دون تقديم ما يؤيد ذلك، فيكون فيما جاء بالحكم، بناء على الأسباب التى أوردها، من عدم التعويض على دفاع الطاعن بأنه لم يلحق المطعون عليه ضرر، الرد الكافى على ما ينعى به الطاعن من أن الحكم لم يتحدث عن الضرر (نقض ٥٢/١٠/٣٠ س٤ ص٥٤).

لأعمال الشرط الجزائى، لانتفاء مسؤولية المدين، ولا يكون التعويض مستحقاً. ونفس الحكم إذا كان الضرر غير مباشر، أو كان مباشراً ولكنه غير متوقع فى المسؤولية العقدية.

ويجوز مع ذلك الاتفاق على مخالفة هذا الحكم، ويقع الإتفاق صحيحاً بوصفه اشتراطاً من اشتراطات التشديد من المسؤولية، يقصد منه تحميل المدين تبعة الحادث الفجائى أو القوة القاهرة(١).

٤- وأخيراً يشترط لإستحقاق الشرط الجزائى إعذار المدين فى جميع الأحوال التى يكون فيها هذا الإعذار واجباً. فالشرط ما هو إلا تقدير للتعويض، والإعذار شرط لازم لإستحقاق التعويض بصفة عامة والإتفاق على الشرط الجزائى لا يعنى بذاته الإعفاء من الإعذار.

**(و) سلطة القاضى إزاء الشرط الجزائى :**

الأصل هو متى توافرت شروط إعمال الشرط الجزائى، أى إصابة الدائن بضرر نتيجة إخلال المدين بإلتزامه، تعين على القاضى الحكم بالتعويض المتفق عليه دون زيادة أو نقصان، بصرف النظر عن قيمة الضرر الواقع. وسلطة القاضى فى هذا الشأن مطلقة لا معقب عليها من محكمة النقض(٢).

فالشرط الجزائى تعويض قدره المتعاقدان مقدماً عن الضرر المتوقع حدوثه نتيجة عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخير فيه، ومن ثم فالأصل هو وجوب احترام ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين، والحكم بالتعويض المتفق عليه.

---

(١) وتنص المادة ٢١٧ مدنى على ذلك بقولها «يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة».

(٢) نقض ٧/٣/١٩٤٠ مجموعة القواعد القانونية حـ٣ ص١٢٣.

ولكن استثناء من هذا الأصل العام منح المشرع القاضى سلطة خاصة ذات نطاق متسع يمكنه بمقتضاها مراقبة الشرط الجزائى ومدى إلتزام الأفراد بقواعد تقدير التعويض بلا مغالاة أو تعسف. ومؤدى ذلك أن القاضى يستطيع تعديل الشرط الجزائى بالتخفيض أو بالزيادة وهذه السلطة الممنوحة للقاضى لا يجوز حرمانه منها باتفاق خاص، أى أننا بصدد قاعدة آمرة ليس للأفراد الإتفاق على ما يخالفها(١).

**أولاً- تخفيض الشرط الجزائى:** يجوز للقاضى تخفيض الشرط الجزائى ليصبح متناسباً مع الضرر الذى لحق الدائن من الإخلال بالتنفيذ، ويتحقق ذلك فى حالتين:

١- إذا أثبت المدين أن الإلتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه لأن الشرط الجزائى يوضع عادة لحالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه كلية، لذا تقضى العدالة بتخفيض المبلغ المتفق عليه بنسبة ما نفذ من الإلتزام، أى أن القاضى ينقص مقدار التعويض إلى الحد الذى يتناسب والجزء الباقى دون تنفيذ من الإلتزام، ولا يشكل هذا التخفيض أى مساس بما اتفق عليه المتعاقدان، بل أن القاضى يكون قد احترم إرادتهما فى هذا الشأن. ويقع عبء إثبات التنفيذ الجزئى على عاتق المدين.

ونفس الحكم فى حالة الشرط الجزائى عن التأخير فى التنفيذ، حيث يجوز تخفيضه بنسبة ما نفذ من الإلتزام فى الميعاد إلى القدر

---

(١) تنص المادة ٢٢٤ مدنى على أنه «١- لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر. ٢-ويجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه، ٣- ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين».

وتنص المادة ٢٢٥ على أنه «إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيما».

الذى يتناسب مع الجزء الذى تأخر تنفيذه[1]. ومؤدى ذلك أن التخفيض لا يقصد به المساواة بين المبلغ المحكوم به وبين الضرر الذى أصاب الدائن بالفعل، بل يخفض القاضى المبلغ المقدر فى الشرط الجزائى بنسبة الفائدة التى عادت على الدائن، من الجزء الذى تم تنفيذه من الإلتزام أو بنسبة ما نفذ منه فى الميعاد، وذلك بالمقارنة بما كان سيحصل عليه لو نفذ الإلتزام كاملاً فى الميعاد.

٢- إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض فى الشرط الجزائى مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، ويقال فى تبرير هذا الحكم «أنه إذا كان محل الإلتزام الأصلى مبلغاً من النقود، فيكون المقصود بالشرط الجزائى المبالغ فيه إخفاء فوائد ربوية يتعين تخفيضها إلى الحد القانونى. أما إذا كان محل الالتزام من غير النقود، فقد يكون المقصود من المبالغة فى الشرط الجزائى أن يكون شرطاً تهديدياً، وفى هذه الحالة، يأخذ حكم التهديد المالى بمعنى أنه يكون للقاضى إعادة النظر فيه وتقدير التعويض المستحق وفقاً للقواعد العامة، وإذا لم يكن الغرض منه أن يكون شرطاً تهديدياً، فلا يمكن تفسير المبالغة فيه إلا على أساس غلط فى مثل هذا الشرط الجائر، وفى أى من الفرضين يتعين إنقاص التعويض إلى الحد الذى يتناسب والضرر الواقع».

وهكذا يتضح أن المشرع يرمى إلى حماية المدين كطرف ضعيف فى موضع إذعان من ناحيتين، الأولى أنه يمكن إستبعاد الشرط الجزائى كليةً إذا أثبت أن الدائن لم يلحقه أى ضرر، الثانية أنه يجوز تخفيض

---

(١) وينبغى تطبيق الشرط الجزائى على الحالة التى نظر إليها المتعاقدان، فالشرط الجزائى المتفق عليه فى حالة التأخر لايسرى على حالة عدم التنفيذ. فإن لم ينفذ المتعهد إلتزامه، تقدر التعويضات طبقاً لمبادئ القانون العام (استئناف مختلط ١٩١٦/٣/٢٣ م٢٨ ص٢١٥). جمال زكى ص٣٥

هذا الشرط إذا أثبت عدم تناسبه مع الضرر الذى لحق الدائن من الإخلال بالتنفيذ لأنه إنطوى على مبالغة كبيرة فى التقدير[1]. ويقوم القاضى بالتخفيض على النحو الذى يتناسب مع الضرر دون أن يكون مساوياً لـه[2]، ومعنى ذلك أن التعويض يمكن أن يزيد عن الضرر بالقدر المعقول، ولا يجوز تخفيضه إذا كانت الزيادة فيه لا تنطوى على مبالغة كبيرة.

---

(١) يتفق هذا الحكم مع مبادئ الشريعة الإسلامية والاتجاهات الحديثة فى القانون المعاصر. وقد كان التقنين المدنى القديم يتضمن حكماً مخالفاً، شأنه من ذلك شأن القانون الفرنسى، حيث لا يجيز تخفيض الشرط الجزائى أو زيادته. وبالرغم من ذلك إستقر القضاء الوطنى، خلافاً للقضاء المختلط على جواز التخفيض متى كان الشرط الجزائى مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة. وقد جاء التقنين المدنى الجديد مقنناً القضاء الأهلى فى هذا الموضوع.

وقد حكمت محكمة الاستئناف فى دوائرها المجتمعة، حسماً للخلاف بين القضائين الأهلى والمختلط فى ظل التقنين السابق بأنه إذا ثبت لدى القاضى أن مقدار الشرط الجزائى جائر وغير مقبول وغير متناسب مع الضرر الذى حصل فعلاً للمتعهد إليه، وبعبارة أخرى إذا تبين له الشرط الجزائى إنما هو فى الواقع ونفس الأمر شرط تهديدى ليس إلا - وهذا أمر واقعى محض وخاص بكل قضية على حدتها - فإن له فى مثل هذه الحالة فقط أن يمتنع عن التصديق على هذا التعويض الجائر، وأن يقدره هو حسب ما يظهر له من ظروف وقائع الدعوى (٢/١٢/١٩٢٦ المحاماة٧ ص٣٣١).

وأيدتها محكمة النقض بقولها «متى كان يبين من الحكم أن المحكمة لم تأخذ بشرط التعويض الجزافى المتفق عليه بالعقد، وقدرت التعويض الذى طلبت المطعون عليها عدم الحكم به على الطاعنين بمبلغ معين بناء على الاعتبارات التى استمدتها من واقع الأوراق المقدمة فى الدعوى، ورأت معها أنه تعويض مناسب للضرر الذى لحقه المطعون عليها، فإن هذا الذى أخذت به المحكمة لا عيب فيه لدخوله فى سلطتها الموضوعية واستقلالها بتقديره (نقض ٢٧/٣/١٩٥٢ س٣ ص١١٦).

(٢) وقد طبقت محكمة النقض ذلك المبدأ على التعويض المتفق عليه بين المحامى وموكله فى حالة عزله من الوكالة. مستندة فى ذلك إلى أن قانون المحاماة لا يمنع من تطبيق النص أى المادة ٢٢٤ مدنى (نقض ٣١/١٢/١٩٧٥ س٢٦ ص١٧٥٧).

ويتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية واسعة في هذا الشأن سواء فيما يتعلق بوجود مبالغة في التعويض من عدمه، أو فيما يراه حداً مناسباً لتخفيضه. ولا رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض[1].

**ثانياً- زيادة الشرط الجزائي:** إذا تضمن الشرط الجزائي تعويضاً أقل من قيمة الضرر الواقع فعلاً، فإن ذلك يعد تخفيفاً لمسؤولية المدين. ولما كان الاتفاق على التخفيف من المسؤولية أو الإعفاء منها جائز قانوناً، فيتعين على القاضي، في هذه الحالة، أن يحكم بالشرط الجزائي المتفق عليه، ولو كان يقل في مقداره عن الضرر الواقع، لأن في ذلك إعمالا لإرادة المتعاقدين التي ترمي إلى تقدير التعويض بطريقة تخفف من مسؤولية المدين.

ولكن هذا الحكم يرد عليه قيدان:

١- إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، فإنه لا يعتد بالاتفاق المتعلق بالشرط الجزائي، ويجب على القاضي زيادة مقدار التعويض حتى يجعله مساوياً للضرر الواقع[2].

---

(١) إن إثبات حصول الضرر أو نفيه من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع، فإذا رأت محكمة الاستئناف أن ما وقع من المتعهد بتوريد الأغذية لأحد الملاجئ «هو أمر خطير فيه تعريض لصحة اللاجئات للخطر، فضلاً عما فيه إفساد للمستخدمين الموكول إليهم حمايتهن والمحافظة على سلامتهن»، ثم رأت أن التعويض المشروط في عقد التوريد عن هذا الفعل متناسب وغير جائر، فحكمت بإلزام المتعهد به، فلا معقب على حكمها لمحكمة النقض (نقض ١٩٤٠/٣/١٧ مجموعة عمر٣ ص١٢٣).

(٢) وفي ذلك تطبيق لحكم المادة ٢/٢١٧ مدني التي تجيز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ إلتزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم.

وقضي بأنه متى ثبت أن الإخلال بالتعهد كان عن سوء قصد وجب تعويض الضرر دون التقيد بالشرط الجزائي، لأن الملحوظ بين المتعاقدين عند تقديرهما التعويض بنفسهما =

ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ إلتزامه، ويترتب على ذلك أنه يجب إعمال الشرط الجزائى كما هو، ولا تجوز زيادته، بالرغم من أن الضرر يزيد عن التعويض المقدر فيه، إذا كان هذا الضرر مرجعه الغش أو الخطأ الجسيم الصادر من أشخاص يستخدمهم المدين فى تنفيذ إلتزامه.

٢- إذا كان الشرط الجزائى على درجة من التفاهة بحيث يكون المقصود به إعفاء المدين من المسؤولية التقصيرية، فإنه يقع باطلاً، ويجوز للقاضى أن يحكم بتعويض مناسب وفقاً للقواعد العامة، إذ لا يجوز الإتفاق بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر على إعفاء المدين من المسؤولية التقصيرية، لأن ذلك يتعارض مع النظام العام[١].

## المطلب الثالث

## التعويض القانونى (فوائد التأخير)

### (أ) الإلتزام بدفع مبلغ من النقود :

قد يكون محل إلتزام المدين هو الوفاء بمبلغ من النقود، سواء كان مصدر هذا الإلتزام هو التصرف القانونى أى العقد أو الإرادة المنفردة، أم كان مصدره هو العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو القانون.

ويتميز الإلتزام بأداء مبلغ من النقود بقابليته دائماً للتنفيذ

---

= تبادل حسن القصد بينهما، فإذا انتفى ذلك وتبدلت النية، وجب الرجوع إلى القاعدة العامة، وهى التعويض عن الضرر مهما بلغت قيمته (استئناف مصر ١٩٢٩١/٣٠ المحاماة ١٠ ص٦٥).

(١) وتنص المادة ٢١٧ مدنى على ذلك بقولها «يقع باطلاً كل شرط يقضى بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع».

العينى، لأن هذا التنفيذ يكون ممكناً فى جميع الأحوال، حيث يمكن تحويل أموال المدين إلى نقود لوفاء ما عليه من ديون، وذلك من خلال الحجز على هذه الأموال وبيعها ليستوفى الدائنون حقوقهم من ثمنها.

ومن ثم لا مجال للتعويض عن عدم التنفيذ بصدد هذا النوع من الإلتزامات، بل يقتصر الأمر على المطالبة بتعويض عن التأخر فى التنفيذ، فالإخلال بالإلتزام بأداء مبلغ من النقود هو دائماً تأخر فى الوفاء، يترتب عليه ضرر للدائن يستوجب التعويض، ويطلق على هذا التعويض اسم فوائد التأخير.

### (ب) أنواع الفوائد :

هناك نوعان من الفوائد: فوائد التأخير، وفوائد الاستثمار :

١- **فوائد التأخير :** هى كما عرضنا، التى يلتزم بها المدين كتعويض عن التأخير فى الوفاء بالتزامه، بدفع مبلغ من النقود فى الميعاد المحدد له، وتحتسب، غالباً، على أساس نسبة مئوية من رأس المال سنوياً.

وقد يتولى الطرفان تحديد هذه الفوائد بواقع سعر معين، بمقتضى الإتفاق فيما بينهما على ذلك، ونكون فى هذه الحالة بصدد فوائد التأخير الإتفاقية. وفى حالة عدم وجود إتفاق بين الأطراف فى هذا الصدد، فإن القانون هو الذى يتولى تحديد هذه الفوائد، وتسمى فوائد التأخير القانونية(١).

---

(١) تنص المادة ٢٢٦ مدنى على أنه «إذا كان محل الإلتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين فى الوفاء به، كان ملزماً للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة فى المائة فى المسائل المدنية وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية. وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الإتفاق أو=

**٢- فوائد الاستثمار** : ويطلق عليها الفقه أحياناً اسم «الفوائد التعويضية» أو «الفوائد العوضية»، وهى تستحق مقابل الإنتفاع برأس المال خلال مدة معينة، حيث يترك الدائن مبلغاً من النقود للمدين لينتفع به مدة محددة.

والصورة الغالبة لهذا النوع من الفوائد يكون فى عقد القرض حيث يتفق المتعاقدان على أن يدفع المقترض فائدة معينة مقابل الإنتفاع بالمبلغ المقرض مدة معينة، ففى خلال هذه المدة لا يكون المقترض ملزماً برد مبلغ القرض، لذا لا يمكن القول بأنه قد تأخر فى الوفاء بإلتزامه، لذا تكون الفائدة المستحقة عبارة عن مقابل إنتفاع بالمبلغ المذكور. أما إذا تأخر المقترض عن رد المبلغ فى نهاية المدة فإن الفائدة المستحقة آنذاك تصبح فائدة تأخيرية. ومثال ذلك أيضاً أن يتفق البائع والمشترى على تأجيل دفع الثمن أو تقسيطه فى مقابل فائدة معينة. ومن الأمثلة كذلك على فوائد الاستثمار تلك التى يغلها السند أو الوديعة المصرفية أو الدخل الدائم[(١)].

والفوائد الإستثمارية هى دائماً ذات طبيعة إتفاقية، فهى لا تسرى إلا إذا اشترطها المتعاقدان. وبدون الإتفاق عليها، يعد الدين بدون فائدة[(٢)].

إذا كانت الفوائد الاستثمارية تستحق بمقتضى الإتفاق عليها بين الدائن والمدين، فإن الفوائد التأخيرية يلزم لإستحقاقها شروطاً معينة، نعرض لها فى البداية ثم ننتقل بعد ذلك إلى دراسة القيود القانونية على الفائدة، والحالات التى يجوز فيها الخروج على تلك القيود.

---

= العرف التجارى تاريخاً آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره».

وتنص المادة ٢٢٨ مدنى على أنه «لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو إتفاقية أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير».

(١) م٥٤٥ مدنى.

(٢) وتنص المادة ٥٤٢ مدنى على ذلك بقولها «على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها، فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر».

## الفرع الأول

## شروط إستحقاق فوائد التأخير

يلزم لإستحقاق فوائد التأخير شرطان: الأول: أن يكون محل الإلتزام دفع مبلغ من النقود معلوم المقدار وقت المطالبة القضائية. الثانى: المطالبة بالفوائد، ولا يشترط إثبات الدائن أن ضرراً أصابه من جراء التأخير.

### ١- الإلتزام بدفع مبلغ من النقود معلوم المقدار عند الطلب:

رأينا أن الفوائد، بصفة عامة، تستحق بمناسبة إلتزام يتمثل محله فى دفع مبلغ من النقود، أياً كان مصدر هذا الإلتزام.

وينبغى من ناحية أخرى أن يكون هذا المبلغ معلوم المقدار وقت الطلب، والمقصود بكون الإلتزام معلوم المقدار أن يكون تحديد مقداره قائماً على أسس ثابتة لا يكون معها للقضاء سلطة فى التقدير[1]. ولا يعنى ذلك منع سريان الفوائد عن كل إلتزام يكون محلاً للمنازعة[2]، بل إن الفوائد تسرى طالما إقتصر دور القاضى فى حسم النزاع على

---

(١) وإذا كان التعويض المستحق للطاعنين عن حرمانهم من الإنتفاع بالمنشآت المراد إقامتها هو مما يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة فإن تحديدهم لما يطلبونه فى صحيفة دعواهم لا يجعله معلوم المقدار وقت الطلب بالمعنى الذى قصده القانون، وإنما يصدق عليه هذا الوصف بصدور الحكم النهائى فى الدعوى، فلا تسرى الفائدة عليه إلا من تاريخ صدور الحكم النهائى (نقض ١٩٧٦/١٢/٣٠ س٢٧ ص١٨٥٨).

(٢) ليس من شأن المنازعة فى استحقاق مصلحة الجمارك الطاعنة للمبلغ المطالب به كرسوم جمركية دون مقدارها ما يصح معه القول بأن المبلغ المطالب به غير معلوم المقدار وقت الطلب، مادام أنه ثبت استحقاق الطاعنة له، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذا أسند تاريخ الفوائد إلى تاريخ الحكم النهائى مخالفاً فى ذلك نص المادة ٢٢٦ مدنى، فإنه يكون مخطئاً فى تطبيق القانون (نقض ١٩٧٨/١٢/١٩ س٢٣ ص١٤٢٥).

إتباع أسس ثابتة ليس له معها سلطة رحبة فى التقدير[١]. وعلى العكس من ذلك، فإن الفوائد لا تستحق إذا كان أمام القاضى فسحة فى التقدير تجعل من العسير، قبل صدور الحكم التنبؤ بمقدار المبلغ الذى سيلتزم به المدين.

ويترتب على ذلك عدم جواز القضاء بالفوائد من تاريخ المطالبة الرسمية بالنسبة للتعويض عن العمل غير المشروع، لأن هذا التعويض لا يكون معلوم المقدار إلا من تاريخ الحكم، فمنذ هذا التاريخ يمكن للدائن المطالبة بالفوائد القانونية إذا تأخر المدين عن دفع التعويض المحكوم به. حقاً أن الحق فى التعويض ينشأ بمجرد تحقق الضرر، وأن الحكم بالتعويض هو حكم مقرر لا منشئ، ولكن هذا الحق ليس معلوم المقدار وقت نشوئه، ولا يكون معلوم المقدار لمجرد أن المضرور يطلب مبلغاً معيناً فى صحيفة دعواه، لأن هذا المبلغ يخضع فى النهاية للسلطة التقديرية الواسعة للقاضى.

ويرى البعض أن فوائد التعويض عن العمل غير المشروع تستحق من وقت الحكم بهذا التعويض دون توقف على مطالبة قضائية جديدة بها أو على إعذار، لأن القانون يعفى من الاعذار إذا كان محل الإلتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع[٢]، على حين يرى البعض الآخر أن هذه الفوائد لا تستحق إلا برفع دعوى جديدة، ولا تسرى إلا من

---

(١) لا يمنع من سريان الفوائد أن تكون التركة التى ينفذ الموصى به من ثلثها، غير معلومة المقدار على وجه قاطع، لأن الفوائد مرتبطة بمقدار ما ينفذ من هذا المبلغ فى ثلث التركة (نقض ١٩٦٢/٦/٢١ س١٣ ص٨٤٧). مؤدى ذلك أن فوائد التأخير تستحق عن الالتزام بدفع المبلغ الموصى به فى حدود ثلث التركة، من وقت المطالبة القضائية به، لأن هذا الالتزام وإن لم يكن معلوم المقدار، إلا أن هناك أسس ثابتة يتحدد طبقاً لها، لا مجال فيها لتقدير القاضى.

(٢) م٢٢٠ مدنى. انظر ما سبق ص٥٦.

تاريخ هذه الدعوى طبقاً للقواعد العامة، وتتضاءل أهمية هذا الخلاف من الناحية العملية لأن المضرور يطلب غالباً فى دعوى المسؤولية التعويض والفوائد، ويصدر الحكم متضمناً العنصرين معاً[١].

وعدم جواز القضاء بالفوائد من تاريخ المطالبة الرسمية بالنسبة للتعويض عن العمل غير المشروع يقتضى تطبيق الحكم ذاته على التعويض المستحق عن عدم تنفيذ الإلتزام بمعناه الدقيق، أياً كان مصدره كلما كان تقدير هذا التعويض خاضعاً لمطلق تقدير القاضى[٢]. ومؤدى ذلك أنه لا يصح الحكم بسريان الفوائد التأخيرية عن مبلغ التعويض المستحق عن عدم تنفيذ أى إلتزام أياً كان مصدره وطالما لم يكن هذا المبلغ غير معلوم المقدار[٣]، ويخضع فى تقديره لسلطة القاضى الرحبة.

ويسرى نفس الحكم بالنسبة لكل من نوعى الفوائد التأخيرية والتعويضية، وتعرب عن ذلك محكمة النقض بقولها «التفرقة بين نوعى الفوائد التعويضية والتأخيرية بإعتبار أن الأولى وحدها هى التى يجب للحكم بإستحقاقها، أن يكون الدين معلوم المقدار وقت الطلب،لا أساس لها فى القانون، ذلك أن الفوائد التعويضية وإن كان يلزم بها المدين بناء على إتفاق بينه وبين الدائن مقابل إنتفاعه بمبلغ من النقود لم يحل بعد إستحقاقه،فى حين أن الفوائد التأخيرية لا تستحق إلا عن دين حل أجل الوفاء به وتأخر المدين فى أدائه، إلا أنه يشترط فى

---

(١) وينبغى ملاحظة أن القاضى يأخذ فى اعتباره عند تقدير التعويض جميع عناصر الضرر بما ذلك الضرر الناشئ عن بقاء الضرر الأصلى بغير تعويض إلى يوم النطق بالحكم، وتقرر ذلك محكمة النقض بقولها «إن سلطة محكمة الموضوع فى تقدير التعويض تخولها أن تدخل فى حسابها جميع عناصر الضرر ومنها طول أمد التقاضى مما يغنى عن طلب فوائد التأخير عن مبلغ التعويض» (نقض ١٩٥٣/٦/٢٥ س٤ ص١٢٠١).

(٢) نقض ١٩٦٣/٤/١٨ س١٤ ص٥٥٤ .

(٣) نقض ١٩٦٦/١١/١ س١٧ ص١٦١٥ .

الحالين أن يكون محل الإلتزام هو دفع مبلغ من النقود معلوم المقدار مقدماً سواء فى ذلك بالنسبة للديون المؤجلة المتفق على فوائد بالنسبة لها والديون الحالة التى يحصل التأخير فى الوفاء بها[١].

**٢- المطالبة بالفوائد :**

يشترط لإستحقاق الفوائد التأخيرية أن يطالب الدائن المدين بها مطالبة قضائية. ولا يكفى مجرد الإنذار، كما هى القاعدة بالنسبة للتعويضات بوجه عام. ولا يكفى لإستحقاق هذه الفوائد مجرد المطالبة بالدين وحده، بل يجب المطالبة بالفوائد بجانب أصل الدين.

ويجب أن تكون المطالبة القضائية صحيحة، وعلى ذلك لا تسرى الفوائد إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة أو كانت الدعوى قد رفعت أمام محكمة غير مختصة، وكذلك الحال إذا سقطت الخصومة أو تركت أو إنقضت بالتقادم.

ولكن هذا الحكم لا يتعلق بالنظام العام، لذا يجوز للأطراف الإتفاق على ما يخالفه، كالإتفاق على أن تسرى الفوائد التأخيرية من وقت الإعذار مثلاً أو بمجرد حلول أجل الدين دون حاجة إلى أى إجراء آخر. ويحدث ذلك غالباً بالنسبة لفوائد التأخير الإتفاقية.

ويمكن أن يحدد العرف التجاري ميعاداً آخر لبدء سريان الفوائد، كما هو الحال بالنسبة للحساب الجاري حيث تسري الفائدة فيه من وقت الخصم أو الإضافة، أي بمجرد قيد المدفوع في الحساب دون حاجة إلى أي إجراء آخر.

---

(١) نقض ١٩٦٦/١١/١ س١٧ ص١٦١٥ .

وأخيراً قد ينص القانون في بعض الحالات علي سريان الفوائد التأخيرية من وقت آخر غير وقت المطالبة القضائية، مثال ذلك إلتزام المشتري بفوائد الثمن من وقت اعذاره، أو من وقت تسلم المبيع إذا كان ينتج ثمرات أو إيرادات أخري. والتزام المدين بالفوائد القانونية لما دفعه الكفيل من يوم الدفع. والتزام الوكيل بفوائد مال الموكل الذي إستخدمه لصالح نفسه من وقت إستخدامه، وعليه أيضًا فوائد ما تبقى في ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يُعذر. والتزم الموكل بأن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإتفاق[1].

### ٣- شرط الضرر غير ضروري لاستحقاق الفائدة:

خلافًا للقواعد العامة في المسؤولية، لم يشترط المشرع لاستحقاق الفوائد التأخيرية أن يثبت الدائن ضرراً أصابه نتيجة لعدم تنفيذ المدين لالتزامه في الميعاد المتفق عليه. فالقانون يفترض وقوع الضرر بمجرد تأخر المدين عن الوفاء بالمبلغ الذي في ذمته. وقرينة الضرر هنا قاطعة لا يمكن للمدين إثبات عكسها.

ويسري هذا الحكم علي الفوائد التأخيرية بنوعيها، أي سواء أكانت اتفاقية أم قانونية، ولم يقتصر المشرع على إفتراض وقوع الضرر، بل تعدي ذلك إلى إفتراض مقداره، بحيث لا يجوز المطالبة بأقل أو أكثر من الفائدة المحددة، ولو كان مقدار الضرر الفعلي أقل أو أكبر من هذه الفائدة، إلا في حالات إستثنائية كما سنري حالاً.

والحكمة من إفتراض الضرر هي قابلية النقود بصفة دائمة للتوظيف والاستثمار بأي وجه من الوجوه، وبصفة خاصة القابلية لإنتاج فائدة، ويترتب علي تأخر المدين في الوفاء بدينه عن الميعاد المحدد له حرمان الدائن من الوفائد التي كان سينتجها لو أنه قبضه في الميعاد وقام بتوظيفه.

---

(١) م٤٥٨، ٨٠٠، ٧٠٦، ٧١٠ مدني.

## الفرع الثانى

## القيود القانونية على الفائدة

حرص المشرع على تحديد سعر الفائدة من جهة، ووضع بعض القيود التي تحد من استحقاق هذه الفوائد من جهة أخرى.

**(أ) تحديد سعر الفائدة:**

حدد المشرع سعر الفائدة القانونية بـ٤٪ في المسائل المدنية[١] و٥٪ في المسائل التجارية. أما الفوائد الاتفاقية، سواء أكانت تأخيرية أم استثمارية، فيترك تحديدها لإرادة الأطراف بشرط ألا تزيد عن الحد الأقصى وهو ٧٪[٢].

ونفس الحكم بالنسبة لسعر الفائدة فى الحساب الجاري، حيث يختلف السعر باختلاف الجهات، ووفقاً للعرف التجارى، إلا أنه مقيد

(١) إذا كان المبلغ المطالب بالفوائد عنه هو تعويض إتفاقى نص فى العقد على استحقاقه عند تأخير البائع فى تسليم أى كمية من الأقطان المبيعة دون أن يحدد الاتفاق سعراً معيناً للفائدة عنه أو مبدأ سريانها فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بالفائدة القانونية عن هذا المبلغ بسعر٤٪ من تاريخ المطالبة القضائية يكون قد أعمل نص المادة ٢٢٦ مدنى ولم يخالف القانون أو يخرج عن نصوص العقد (نقض ١٩٦٢/١٢/٢٧ س١٣ ص١٢٤٦).

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية ما يلى «كان من أثر الإشفاق من معاطب الربا أن عمد التشريع فى أكثر الدول، لا إلى تحديد سعر الفوائد التى تستحق عن التأخير فى الوفاء فحسب، بل كذلك إلى تحديد هذا السعر بالنسبة لسائر ضروب الفوائد- فالأولى اتفاقية كانت أو قانونية، تفترض حلول أجل الوفاء بالدين وترصد على تعويض الضرر الناشئ عن التأخر فى هذا الوفاء. أما الثانية فتفترض أن الدين لم يحل، وأن الفوائد وهى اتفاقية دائماً قد اشترطت كمقابل فى معاوضة من المعاوضات. فليس لفائدة رأس المال إلا سعر واحد هو السعر الاتفاقى فى حين أن فوائد التأخر لها سعران: أحدهما اتفاقى والآخر قانونى (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٥٨٢).

بالحد الأقصى للسعر الإتفاقى وهو ٧٪[١].

وتتعلق تلك الأحكام بالنظام العام، ومن ثم لا يجوز للأفراد الإتفاق على ما يخالفها، فإذا اتفق على فوائد تزيد على الحد الأقصى، فإنه يجب تخفيضها إلى الحد المسموح به، وللمدين أن يسترد الزيادة التى دفعها، وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات[٢].

وعلى المدين أن يثبت أن العمولة أو المنفعة هى فى الواقع فوائد ربوية، وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات[٣].

---

(١) وتنص المادة ٢٣٣ مدنى على أن «الفوائد التجارية التى تسرى فى الحساب الجارى يختلف سعرها القانونى باختلاف الجهات. ويتبع فى طريقة حساب الفوائد المركبة فى الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجارى».

(٢) ولا يكفى فى هذا الصدد احتمال مظنة الربا الفاحش، بل يجب أن تحيل المحكمة الدعوى على التحقيق ليثبت المدين أن هناك ربا فاحش (نقض ١٩٥٣/٣/١٢ س٤ ص٦٤٦).

(٣) وتنص المادة ٢٢٧ مدنى على ذلك بقولها «١- يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد (أى غير السعر القانونى) سواءاً كان ذلك فى مقابل تأخير الوفاء أم فى أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة فى المائة. فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة فى المائة وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر. ٢-وكل عمولة أو منفعة، أياً كان نوعها، اشترطها الدائن إذا زادت هى والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة».

فإذا كان مؤدى الحكم المطعون فيه هو أن العمولة والمصاريف التى اقتضتها الشركة المطعون عليها من الطاعن مقابل خدمات حقيقية ومشروعة قامت بها تنفيذاً لعقود الاتفاق المبرمة بينهما، ولم تكن فوائد ربوية مستترة، فإنه يكون فى غير محله النعى على هذا الحكم بأنه أجاز الاتفاق على فوائد ربوية مخالفة للقانون (نقض ١٩٥٣/٥/٢١ س٤ ص١٠٣٧).

## (ب) القيود التى تحد من استحقاق الفائدة :

وضع المشرع قيدين على استحقاق الفوائد بكافة أنواعها[1]: اتفاقية أو قانونية، تأخيرية أو استثمارية، وهما:

١- عدم جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس المال، فالدائن لا يحق له أن يتقاضى فوائد تزيد على ماله من رأس مال، إذ من المصلحة على محاربة الربا، أن يحال بين الدائن وبين استغلال المدين باقتضاء فوائد تجاوز مقدار الدين نفسه، ويكفى الدائن أن يكون قد اقتضى فوائد تعادل رأس ماله.

٢- لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد، إذ أن القانون يحرم الفوائد المركبة أى إحتساب فوائد على الفوائد أو فى عبارة أخرى، ضم الفوائد إلى رأس المال وإحتساب الفوائد على رأس المال الجديد[2]. ولكن المشرع أورد استثناءاً على هذين القيدين وهو ما تقضى به القواعد والعادات التجارية[3]، فمثلاً تجرى هذه القواعد والعادات فى الحساب الجارى على جواز أن يزيد مقدار ما يتقاضاه الدائن من فوائد على مقدار رأس المال. ويجوز كذلك أخذ فوائد على متجمد الفوائد[4].

---

(١) تنص المادة ٢٣٢ مدنى على أنه لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد، ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال، وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية».

(٢) ويلاحظ أن ما يستحق من الالتزامات فى مواعيد دورية كالأجرة، والإيرادات المرتبة مدى الحياة والاستحقاق فى الوقت لا يعتبر من قبيل الفوائد بمعناها الفنى الدقيق بل هى رؤوس أموال تستحق عنها الفوائد. ويجوز تجميد هذه الاستحقاقات والمطالبة بفوائد عنها.

(٣) وهذه القواعد لا تسود إلى فى نطاق المعاملات التجارية (نقض ١٩٣٦/٦/٢٧ س١٤ ص٩٤٦).

(٤) صفة الحساب الجارى تزول عنه بإقفاله ويصبح الرصيد ديناً عادياً مما لا يجوز معه طبقاً للمادة ٢٣٢ مدنى تقاضى فوائد مركبة عنه إلا إذا أثبت الدائن وجود قاعدة أو عادة تقضى بغير ذلك (نقض ١٩٦٤/١٢/٣ س١٥ ص١١٢٠).

## الفرع الثالث

## حالات زيادة الفائدة أو إنقاصها

### (أ) جواز تخطى حدود الفائدة :

يمكن للقاضي أن يحكم على المدين- إلى جانب الفوائد- بتعويض تكميلي للدائن[1]، إذا أثبت هذا الأخير أمرين:

**الأول:** أن يؤدى تأخر المدين فى الوفاء بالتزامه إلى إلحاق ضرراً استثنائياً بالدائن، أى ضرراً غير مألوف يزيد على مقدار الفوائد القانونية أو الإتفاقية، ولا ينتج عادة عن مجرد التأخر فى الوفاء.

**الثاني:** أن يكون المدين سيئ النية، أى يتعمد عدم الوفاء بالتزامه وهو على بينة بما يسببه ذلك لدائنه من ضرر غير مألوف، ولا يكفى لثبوت سوء نية المدين مجرد علمه بالضرر الاستثنائى، بل ينبغى أن يكون قد تعمد عدم الوفاء مع علمه بالنتيجة.

**مثال ذلك:** أن يكون عدم الوفاء قد فوت على الدائن صفقة رابحة اعتمد فى إبرامها على استيفاء حقه، أو يكون قد أعجزه عن الوفاء بإلتزاماته قبل دائنيه مما يعرضه إلى إجراءات شديدة قد تصل إلى حد شهر الإفلاس، وفى الحالتين يكون المدين قد تخلف عن أداء الدين عمداً رغبة منه فى الوصول إلى تلك النتائج.

ويقع عبء إثبات ذلك على عاتق الدائن، ومتى أثبت هذين الأمرين كان له الحق فى أن يتقاضى تعويضاً تكميلياً، إلى جانب الفوائد

---

(١) تنص المادة ٢٣١ مدنى على أنه يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلى يضاف إلى الفوائد إذا أثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية.

التأخيرية[1]، يتناسب مع الضرر الذى لحقه، ويقدر هذا التعويض طبقاً للقواعد العامة أى بمقدار ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب.

والحكمة من تقرير هذا المبدأ هى أن حرمان الدائن من اقتضاء تعويض إضافى يكون بمثابة إعفاء جزئى من المسؤولية فى حالة سوء نية المدين، وهو ما لا يجوز ولو بمقتضى اتفاق خاص.

**(ب) جواز تخفيض الفائدة أو إسقاطها:**

هناك حالتان يجوز فيهما النزول عن الحدود المقررة للفائدة:

**الأولى: تسبب الدائن بسوء نية فى إطالة أمد النزاع :**

إن هذا الحكم تطبيق لمبدأ التعسف فى إستعمال حق التقاضى، فالدائن يعمد بسوء نية إلى إطالة أمد النزاع حتى تتراكم الفوائد على المدين[2]، وسبيله إلى ذلك الإجراءات الكيدية كالدفوع غير الجدية وإنكار التوقيع رغم علمه بصحته ورد القاضى. فأراد المشرع أن يرد عليه قصده بحرمانه من هذه الفوائد كلها أو بعضها عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر، خاصة وأنه يكون مسؤولاً بالتعويض عما يسببه

---

(١) يشترط للحكم بالتعويض التكميلى بالإضافة إلى الفوائد أن يقيم الدائن الدليل على توفر أمرين أولهما حدوث ضرر إستثنائى به لا يكون هو الضرر المألوف الذى ينجم عادة عن مجرد التأخير فى وفاء المدين بإلتزامه وثانيهما سوء نية المدين بأن يكون قد تعمد عدم الوفاء بإلتزامه وهو عالم بما يحدثه ذلك لدائنه من ضرر، وإذا كان الثابت أن الطاعنين لم يقدموا لمحكمة الموضوع الدليل على قيام هذين الأمرين، كما لم يطلبوا سلوك طريق معين لإثبات توافرهما، فإن الحكم المطعون فيه إذا لم يقض لهم بالتعويض التكميلى يكون صحيحاً فى القانون (نقض ١٩٧٦/١٢/٣٠ س٢٧ ص١٨٥٨).

(٢) تنص المادة ٢٢٩ مدنى على أنه «إذا تسبب الدائن بسوء نية، وهو يطالب بحقه، فى إطالة أمد النزاع، فللقاضى أن يخفض الفوائد، قانونية كانت أو إتفاقية، أو لا يقضى بها إطلاقاً عن المدة التى طال بها النزاع بلا مبرر».

بسوء نيته من ضرر للمدين، ويتمثل هذا التعويض فى صورة حرمانه كلياً أو جزئياً من الفوائد التأخيرية التى تستحق أثناء الدعوى، سواء أكانت هذه الفوائد إتفاقية أم قانونية.

ويشترط لتطبيق هذا الحكم شرطان: الأول: أن يطيل الدائن أمد النزاع بلا مبرر، وذلك من خلال اللجوء إلى الإجراءات السابقة، الثانى: سوء نية الدائن أى تعمده إطالة النزاع بهدف تراكم الفوائد، ولا يكفى مجرد الخطأ العادى أو اليسير. ويلحق الخطأ الجسيم بسوء النية.

فإذا أثبت الدائن هذين الشرطين، كان للقاضى أن يخفض الفوائد إلى الحد المعقول، أو لا يقضى بها إطلاقاً عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر، فلا ينسحب أثر التخفيض أو الإسقاط إلا عن هذه المدة. «فهناك خطأ مشترك: المدين تأخر فى الوفاء بالتزامه، والدائن أطال هذا التأخر بإطالته أمد النزاع، والخطأ المشترك من شأنه أن يخفف المسؤولية، ومظهر التخفيف هو التخفيض من الفوائد أو يعدمها إذا وصل خطأ الدائن من جراء سوء نيته إلى حد استغراق خطأ المدين. ومظهر انعدام المسؤولية هو إسقاط الفوائد».

**الثانية: الفوائد التأخيرية بعد رسو المزاد:**

أن الفوائد التأخيرية، سواء أكانت إتفاقية أو قانونية، لا تسرى بسعرها المقرر إلا من وقت رسو المزاد على مشتر، ولا تنتج الديون التى يُنفذ بها على أموال المدين فوائد تأخيرية بعد رسو المزاد إلا بشروط معينة[1].

---

(١) تنص المادة ٢٣٠ مدنى على أنه «عند توزيع ثمن الشئ الذى بيع جبراً، لا يكون الدائنون المقبولون فى التوزيع مستحقين بعد رسو المزاد لفوائد تأخير عن الأنصبة التى تقررت لهم فى التوزيع إلا إذا كان الراسى عليه المزاد ملزماً بدفع فوائد الثمن، أو =

والحكمة من ذلك هو «الرغبة فى التخفيف عن المدين المنزوعة ملكيته، من تراكم الفوائد عليه طوال إجراءات التوزيع التى قد تمتد لسنوات دون أن يكون له دخل فى إطالتها».

وتبين المذكرة الإيضاحية مضمون ذلك النص بقولها «إن فوائد التأخير لا تسرى بسعرها المقرر إلا من وقت رسو مزاد الأموال التى يباشر الدائن إجراءات التنفيذ عليها لاستيفاء دينه. فلا يكون للدائن بعد رسو المزاد حق اقتضاء فوائد إلا فى حدود ما يستحق منها قبل الراسى عليه المزاد، أو قبل خزانة المحكمة، وبهذا تخفض فوائد التأخر، متى كان سعر الفائدة المستحقة قبل الراسى عليه المزاد، أو قبل خزينة المحكمة، أقل من سعر الفائدة الواجبة على المدين، وهو ما يقع فى أغلب الأحيان. وغنى عن البيان أن هذا الحكم يعدل كل العدل بحقوق المدين، ويكفل له من الحماية ما يؤمنه من بطء إجراءات التنفيذ، ثم أنه يحمى الدائنين بعضهم من البعض الآخر، عن طريق تحقيق المساواة بينهم فى توزيع الفوائد المستحقة قبل الراسى عليه المزاد، وقبل الخزينة، إذ تقسم بينهم جميعاً قسمة غرماء، دون تمييز بين دائن مضمون حقه ودائن لا ضمان له»[1].

---

= كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيها، على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد فى هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسى عليه المزاد أو خزانة المحكمة، وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء».

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٥٩١ .

# الفصل الثالث

# الوسائل التى تكفل للدائن تنفيذ الإلتزام

## (أ) حق الضمان العام :

إن جميع أموال المدين تضمن الوفاء بديونه، وحق الدائن لا يرد على مال معين للمدين، وإنما هو ينصب على مجموع أموال المدين، بحيث تكون هذه الأموال ضامنة للوفاء بديونه. ولا يشمل ذلك جميع أموال المدين الحاضرة فحسب، وإنما أيضاً ما يستجد له من مال فى المستقبل. وهذا الحق الذى للدائن يسمى حق الضمان العام[١].

وهذا الحق يتساوى فيه جميع الدائنين، فلا يتقدم فيه دائن على آخر، وفقاً لأسبقية نشوء دينه أو ميعاد استحقاقه. فإذا لم تكف أموال المدين للوفاء بما عليه من ديون، فإن حصيلة التنفيذ تقسم بين الدائنين قسمة غرماء كل بنسبة دينه.

ويختلف هذا الضمان العام المقرر لكل الدائنين عن الضمان الخاص الذى يتقرر لدائن معين على مال محدد من أموال المدين، ويكون له بمقتضى هذا الضمان سلطة تتبع ذلك المال فى أى يد يكون والتنفيذ عليه ليستوف حقه من ثمنه مفضلاً على غيره من الدائنين، ويسمى هذا الضمان بالتأمين الخاص، وهو قد يتمثل فى الرهن الرسمى أو الرهن الحيازى أو الاختصاص أو الامتياز.

ونتيجة لذلك فإن كل واحد من الدائنين له مصلحة فى المحافظة

---

(١) تنص المادة ٢٣٤ مدنى عى أن «أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان، إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون».

على أموال المدين. ويتأثر الدائن بالتالى بأثر تصرفات مدينه، فيكون أكثر استيثاقاً من استيفاء حقه كلما زادت أموال المدين، وتقل على النقيض، فرص استيفائه له كلما قلت أمواله، ويكون من مصلحة الدائنين أن تزيد أموال المدين وتقل ديونه.

**(ب) وسائل المحافظة على الضمان العام :**

وضع المشرع تحت يد الدائن عدة وسائل تكفل له الحفاظ على الضمان العام وتقويته، هذه الوسائل قد تكون تحفظية مثل وضع الأختام على أموال المدين عند موته أو إفلاسه أو تحرير محضر جرد بها، أو التدخل فى الدعاوى المقامة من المدين أو عليه لمنع تواطؤه مع الخصم إضراراً بحقوقه، ومن ذلك أيضا قطع التقادم حتى يمنع سقوط حقه. وقيد الرهن الضامن لهذا الحق.

وقد تكون الوسائل تنفيذية ترمى إلى إقتضاء الدائن حقه من أموال المدين بواسطة القضاء. ولا يجوز التنفيذ إلا بمقتضى سند تنفيذى، كالأحكام والأوامر والعقود الرسمية، اقتضاء لحق محقق الوجود، معين المقدار حال الأداء. ويتكفل قانون المرافعات ببيان تلك الأحكام.

وقد تكون الوسائل وسطى ما بين التحفظية والتنفيذية يقصد بها المحافظة على حق الدائن فى الضمان العام، فهى تحميه ضد تصرفات مدينه وضد إهماله، من هذه الوسائل ثلاث دعاوى وطريقين آخرين: الدعوى غير المباشرة، الدعوى البوليصية، دعوى الصورية، هذا بالإضافة إلى الحق فى الحبس ونظام شهر الإعسار. ونتناول كل من تلك الوسائل فى مبحث مستقل.

## المبحث الأول

## الدعوي غير المباشرة

**المقصود بالدعوى غير المباشرة :**

تهدف الدعوى غير المباشرة إلى حماية الدائن من تقصير المدين، عن طريق تمكين الدائن من أن يباشر بنفسه حقوق المدين ودعاواه نيابة عنه فإذا كان للمدين مثلاً حق فى مطالبة الغير بتعويض عن ضرر أصابه، وأهمل فى هذه المطالبة، إستطاع أحد دائنيه أن يقوم بذلك مكانه.

فاستعمال الدائن حقوق مدينه على هذا الوجه يقصد به المحافظة على أموال المدين تمهيداً للتنفيذ عليها. فالدعوى غير المباشرة تعد وسيلة لحماية حق الدائن فى الضمان العام من أن ينتقص نتيجة قعود المدين عن استعمال بعض حقوقه أو المطالبة بها[1].

تقتضى دراستنا لهذه الدعوى التعرض لأمور ثلاثة: شروط الدعوى غير المباشرة، ما يترتب عليها من آثار، الدعوى المباشرة.

---

(١) تنص المادة ٢٣٥ مدنى على ما يلى:

١- لكل دائن، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء، أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان متصلاً منها بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز.

٢- ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولاً، إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق، وأن عدم إستعماله لها من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد فى هذا الإعسار. ولا يشترط إعذار المدين لإستعمال حقه، ولكن يجب إدخاله خصماً فى الدعوى.

## المطلب الأول

## شروط الدعوى غير المباشرة

يشترط لاستعمال الدعوى غير المباشرة ثلاثة أنواع من الشروط: بعضها يتصل بالحق الذى يجوز للدائن أن يستعمله باسم مدينه، وبعضها يتعلق بالدائن، وبعضها يتعلق بالمدين.

### (أ) الشروط المتصلة بالحق الذى يستعمله الدائن:

خول المشروع الدائن سلطة استعمال حقوق مدينة بهدف المحافظة على تلك الحقوق ورغبة فى حماية الضمان العام. ومن ثم يتحدد نطاق تلك السلطة بالحقوق القائمة للمدين والتى تدخل فى الضمان العام للدائنين. ويخرج بالتالى من سلطة الدائن محاولة إكساب المدين حقوقاً جديدة ليست له عن طريق إبرام تصرفات بإسمه، أو مراقبة أعمال الإدارة التى يباشرها المدين على أمواله، فلا يجوز للدائن الإعتراض على إدارة المدين لأمواله ومباشرتها عنه، ولو كانت سيئة. وليس للدائن أن يتدخل فى إدارة المدين لشؤون غيره ممن ينوب عنهم فلا يجوز للدائن، إذا كان مدينه ولياً لقاصر أو قيماً على محجور عليه أو ناظراً على وقف أن يرفع باسم مدينه دعاوى القاصر أو المحجور عليه، أو الوقف.

ويستعمل الدائن حقوق مدينه إما عن طريق الدعوى[1]، وإما عن

---

(١) ومن أمثلة الدعاوى التى يباشرها الدائن بإسم مدينه: دعوى المدين البائع فى إستيفاء ثمن المبيع، دعوى المدين إذا كان مشترياً فى الرجوع على بائعه بضمان الإستحقاق وضمان العيب، دعوى المدين المصاب فى ماله فى الرجوع بالتعويض على من ألحق به الضرر، دعوى المدين فى الطعن بالصورية فى سند بدين فى ذمته، دعوى المدين إذا كان شريكاً فى شركة فى الطعن ببطلان اتفاق على تعديل الشركة أو على حلها.

طريق القيام بعمل من الأعمال باسمه، قانونية كانت أو مادية. مثل قبول الدائن وصية أو اشتراطاً لمصلحة المدين، أو القيام بقيد أو تجديد رهن يضمن للمدين حقاً على الغير، أو تسجيل عقد اشتري بمقتضاه المدين عقاراً حتى تنتقل إليه الملكية، أو الطعن باسم المدين فى حكم صدر ضده بأى طريق من طرق الطعن[1].

والقاعدة العامة هى أن للدائن أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا الأخير، إلا ما استثنى منها. ويمكن حصر هذه الاستثناءات فى طوائف ثلاث:

**١- لا يجوز للدائن أن يستعمل رخصة باسم المدين**، إذ لا يجوز له أن يتولى إدارة أمواله نيابة عنه أو يبرم البيوع والإيجارات بإسمه ولو كانت إدارته معيبة. وليس له أن يحل محله فى استعمال أمواله واستغلالها، كأن يقوم مثلاً بزراعة أراضيه بحجة أن المدين لا يحسن زراعتها، لأن فى ذلك سلب لحرية المدين وفرض نوع من الوصاية عليه.

وتخرج الرخص من نطاق الدعوى غير المباشرة لأن إستعمالها لا يقصد به المحافظة على الضمان العام، بل زيادة هذا الضمان بإدخال حقوق جديدة فى ذمة المدين، وهو أمر يتعلق بشخصه، ولا يجوز للدائن أن ينوب عنه فيه. فيعد من قبيل الرخص التى ليس للدائن أن يستعملها بإسم مدينه قبول إيجاب بالبيع أو المقايضة أو الهبة، أو المطالبة بالشفعة.

أما إذا أصبحت الرخصة حقاً، فإن للدائن أن يستعمله بإسم مدينه، مثل ذلك حق المنتفع فى قبول الاشتراط لمصلحته، وحق الموصى

(١) مثال ذلك أيضاً إتخاذ الإجراءات التنفيذية، وتوقيع الحجز التحفظى، وحجز ما للمدين لدى الغير. أنور سلطان، احكام الالتزام ص١٧

له فى قبول الوصية، وحق الموعود بالبيع فى الشراء، والتمسك بالتقادم، حيث يجوز للدائن ذلك ولو لم يتمسك به المدين، سواء تعلق الأمر بالتقادم المكسب أو بالتقادم المسقط[1].

**٢- الحقوق المتصلة بشخص المدين،** فلا يجوز للدائن أن يستعمل باسم مدينه الحقوق غير المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية لأنها تتصل بشخص المدين ولا تدخل فى الضمان العام للدائنين، مثل حق المدين فى الطلاق، أو الحق فى ثبوت النسب كأبوة أو بنوة، فهذه الحقوق لا تدخل فى نطاق الدعوى غير المباشرة ولو كان استعمالها من شأنه أن يؤدى إلى نتائج مالية، فالطلاق يمكن أن يؤدى إلى انقطاع الإلتزام بالنفقة، والنسب يمكن أن يؤدى إلى ثبوت الميراث. وجدير بالذكر فى هذا الصدد أن للدائن أن يرفع باسم مدينه دعوى المطالبة بالميراث، ولو أدى ذلك إلى إثارة مسألة النسب كطريق من طرق الدفاع.

ولا يجوز استعمال الحقوق المالية المتصلة بشخص المدين، أى التى تتأسس على اعتبارات أدبية لا يستطيع تقديرها سوى المدين وحده كحق الواهب فى الرجوع فى الهبة، وحق المؤلف فى نشر مؤلفه، وحق المضرور فى المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبى، كالمطالبة بالتعويض عن الضرر الذى يصيبه من السب أو القذف[2].

**٣- الحقوق غير القابلة للحجز،** فتلك الحقوق تخرج عن الضمان العام للدائنين، وليس لهم حق التنفيذ عليها، ومن ثم لا توجد جدوى من استعمالها باسم المدين، مثال ذلك دعاوى النفقة. فالدائن لا

---

(١) م٣٨٧، ٩٧٣ مدنى.

(٢) وذلك ما لم يطالب به المضرور قضائياً أو إتفق مع المسؤول على مقدار التعويض، هنا ينفصل الحق عن شخص المدين (المضرور) ويجوز للدائن إستعماله.

يستطيع أن يطالب باسم مدينه بحق نفقة ما دام لن يستطيع التنفيذ على المبلغ المحكوم به.

ولا يجوز للدائن أن يستعمل باسم مدينه حق السكنى وحق الاستعمال لأنهما من الحقوق التى لا تقبل التنازل عنها أو الحجز عليها.

**(ب) الشروط المتصلة بالدائن :**

يجوز لكل دائن أن يستعمل حقوق مدينة عن طريق الدعوى غير المباشرة، لا فرق فى ذلك بين دائن عادى أو دائن صاحب تأمين خاص، كالدائن المرتهن أو الدائن صاحب حق الإمتياز، والدائن هو من يكون له حق دائنيه قبل شخص آخر أياً كان مصدر حقه (عقد، فعل نافع، فعل ضار) أو محله.

ويشترط فقط أن يكون حق الدائن ثابتاً ومحققاً، فإذا نازعه المدين فى وجوده وجب الفصل أولاً فى النزاع، ولا يكفى مجرد إحتمال أن يصبح الشخص دائناً، كما هو شأن الوارث المحتمل للمدين، إذ القانون لا يعتد بمجرد الإحتمال.

**وفيما عدا ذلك لا يشترط:**

١- أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، فالدائن بحق معلق على شرط أو مضاف إلى أجل يمكنه أن يستعمل حقوق مدينه، ولو كان الأجل أو الشرط فاسخاً أو واقفاً.

٢- أن يكون حق الدائن معلوم المقدار، فيجوز للمضرور فى عمل غير مشروع أن يستعمل حقوق المسؤول بوصفه مديناً بالتعويض، قبل أن يحدد القاضى مقدار التعويض.

٣- أن يكون حق الدائن قابلاً للتنفيذ، أى لا يشترط فيه أن يكون ثابتاً فى سند تنفيذى، لأن الدعوى غير المباشرة ليست من إجراءات التنفيذ بل هى تمهيد لها وهى أقرب إلى الإجراءات التحفظية.

٤- أن يكون حق الدائن سابقاً على حق المدين الذى يستعمله الدائن بالدعوى غير المباشرة، لأن الضمان العام مقرر على كل أموال المدين الحاضرة والمستقبلة، ولكل الدائنين بصرف النظر عن تاريخ نشوء حقوقهم.

٥- وأخيراً لا يشترط أن يستصدر الدائن إذناً من القضاء بحلوله محل المدين فى استعمال حقوقه، لأن نيابة الدائن عن المدين مقررة بحكم القانون.

ويجدر الإشارة إلى أن الدعوى غير المباشرة ليست دعوى إحتياطية، بمعنى أن للدائن أن يلجأ إليها ولو كان أمامه طريق آخر.

**(جـ) الشروط المتصلة بالمدين :**

يجب لكى يستعمل الدائن حقوق مدينه، أن تكون له مصلحة مشروعة فى ذلك، وتتحقق تلك المصلحة إذا تقاعس المدين عن المطالبة بحقوقه على نحو يؤدى إلى إعساره أو زيادة هذا الإعسار، يضاف إلى هذين الشرطين شرطاً ثالثاً هو وجوب إدخال المدين فى الدعوى.

١- أن يكون المدين مهملاً فى إستعمال حقه، إذ لا يجوز للدائن أن يستعمل حقاً لمدينه إلا إذا ثبت أنه تراخى عن عمد أو إهمال فى إستعمال هذا الحق، أى لابد من أن يكون المدين مقصراً فى استعمال حقه. ويقع عبء إثبات تقصير المدين فى استعمال حقه على الدائن . ولا يهم سبب التقصير، فيمكن أن يكون مجرد الإهمال أو سوء النية أو

قصد الإضرار بالدائن[1].

وإذا باشر الدائن الدعوى باسم المدين، فإن لهذا الأخير أن يتدخل فيها ويحل محل الدائن ليباشرها بنفسه، ويجب على الدائن أن يكف عن مباشرة الإجراءات وأن يترك إتمامها للمدين، على أنه يحق للدائن أن يطلب بقاءه فى الدعوى ليراقب إجراءاتها ويضمن عدم تواطؤ مدينه مع المدعى عليه.

٢- يجب على الدائن أن يثبت أن من شأنه عدم استعمال المدين لحقه أن يؤدى إلى إعساره أو إلى زيادة هذا الإعسار. فإذا كان المدين موسراً وكان باستطاعة الدائن أن يستوفى دينه كاملاً بالتنفيذ على أموال المدين، فليس للدائن أن يتدخل فى شؤونه، فهو حر فى استعمال حقوقه أو عدم إستعمالها.

ويقصد بالإعسار هنا هو الإعسار الفعلى الذى تزيد فيه ديون المدين عن حقوقه، ولا يلزم الإعسار القانونى الذى يستلزم حكماً بشهره بشروط وإجراءات معينة. ويكفى أن يثبت الدائن مقدار الديون التى يتحمل بها المدين، سواء أكانت حالة أم مؤجلة، وعلى المدين أن يثبت أن أمواله تكفى لسداد تلك الديون.

٣- لا تقبل الدعوى غير المباشرة إلا بعد إدخال المدين خصماً فيها، لأن الدائن عندما يستعمل حق مدينه، فإنه يفعل ذلك باسم مدينه

(١) إذا أضاف المدعى إلى دفاعه تمسكه بحق مدين له قبل المدعى عليه وإحتجاجه بأن المدين أهمل الدفاع عن حقه بقصد الكيد له، وجب على المحكمة أن تفحص ذلك وترد عليه، وإلا كان حكمها معيباً متعيناً نقضه ولا يصلح رداً على ذلك قول المحكمة أنه ليس للدائن إرغام مدينه على التمسك بحقوقه (نقض ١٩٤٥/٥/٣ مجموعة عمر ٤ ص٦٦٤). Ph. Malinvand, d. des obligations. p. 395.

لا باسمه هو، أى أنه يكون نائباً قانونياً عن المدين، ولكن هذه النيابة مقررة، خلافاً للقواعد العامة، لمصلحة النائب (الدائن) لذا وجب إدخال المدين حتى يكون الحكم سارياً فى مواجهته.

إلا أنه لا يلزم أن يقوم الدائن بإعذار المدين قبل أن يستعمل الدعوى غير المباشرة، ولا يلزم إدخال باقى الدائنين فى الدعوى، رغم أن الحكم الصادر فيها يكون حجة عليهم لأن المدين، وهو يمثل كل دائنيه، مختصم فيها.

## المطلب الثانى

## آثار الدعوى غير المباشرة

يستعمل الدائن الدعوى غير المباشرة باسم المدين أى نيابة عنه وذلك بقصد المحافظة على الضمان العام. فالدائن ينوب عن المدين، بحكم القانون، فى استعمال حقوقه، وهذه النيابة القانونية مقررة لمصلحة النائب لا لمصلحة الأصيل، وهى قاصرة على استعمال الحق دون التصرف فيه. فالدعوى غير المباشرة ليست وسيلة للتنفيذ على مال للمدين، بل هدفها الحفاظ عليه بهدف تقوية الضمان العام[1].

وإنطلاقاً من تلك الفكرة يمكن تحديد آثار الدعوى غير المباشرة، بالنسبة لكافة الأطراف، أولاً بالنسبة إلى المدين وهو الأصيل، ثانياً،

---

(١) وإن كان المدين الذى يرفع الدائن بإسمه الدعوى غير المباشرة يبقى محتفظاً بحرية التصرف فى الحق، المطالب به فيها، ومن ثم يكون هذا التصرف نافذاً فى حق الدائن، شأنه فيه شأن المدين الذى صدر منه، ويكون للخصم المرفوعة عليه الدعوى (مدين المدين) حق التمسك به فى مواجهة الدائن، إلا أن ذلك مقيد بشرط عدم قيام الغش والتواطؤ بين الخصم والمدين للإضرار بحقوق الدائن، ففى هذه الحالة يحق للدائن أن يطعن فى تصرف المدين بالدعوى البوليصية (نقض ٢/٢/١٩٥٠ س١ ص٢٢٠).

بالنسبة إلى الخصم أى مدين المدين، ثالثاً بالنسبة إلى الدائن وهو النائب.

**(أ) آثار الدعوى بالنسبة للمدين:**

يظل المدين محتفظاً بحقه حتى بعد أن يستعمله الدائن باسمه، إذ يبقى المدين صاحب الحق وتبقى له سلطاته بشأن هذا الحق كاملة، فله أن يتصرف فيه بكافة أنواع التصرفات، فله أن ينقله إلى الغير بمقابل أو على سبيل التبرع، وله كذلك أن يصطلح عليه أو يبرء مدينه منه. فإن فعل ذلك تنتهى الدعوى غير المباشرة. ولا يستطيع الدائن أن يعترض على هذه التصرفات إلا من خلال الدعوى البوليصية.

ويستطيع المدين أن يقتضى حقه من مدينه، فإذا قام هذا الأخير بالوفاء بالدين للمدين، يكون وفاؤه صحيحاً ونافذاً، لذا يفضل الدائنون الإلتجاء إلى حجز ما للمدين لدى الغير بدلاً من اللجوء إلى الدعوى غير المباشرة، لأن من شأن ذلك الحجر حبس المال المحجوز عن المدين المحجوز عليه.

**(ب) آثار الدعوى بالنسبة للخصم (مدين المدين):**

يستطيع خصم الدائن (مدين المدين) أن يتمسك بكل الدفوع التى يمكنه التمسك بها ضد المدين نفسه، لو أنه هو الذى رفع الدعوى، ذلك أن الدائن رافع الدعوى ليس إلا نائباً عن المدين[١]، فللخصم أن يتمسك بكل اتفاق مع المدين متعلقاً بالحق الذى يستعمله الدائن، كصلح تم بشأنه.

---

(١) وتنص المادة ٢٣٦ مدنى على ذلك بقولها «يعتبر الدائن فى استعمال حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين، وكل فائدة تنتج من إستعمال هذه الحقوق تدخل فى أموال المدين وتكون ضماناً لجميع دائنيه». Poulin, obs. Civ. 27 mai 1970, Jcp 71, 16675

وللخصم أن يتمسك بإنقضاء الدين بأى سبب من أسباب الانقضاء كالوفاء والمقاصة والإبراء والتجديد وإتحاد الذمة، ولو توافرت شروط هذه المقاصة بعد رفع الدعوى غير المباشرة. وله كذلك أن يتمسك بجميع أوجه البطلان التى تشوب السند الذى أنشأ الدين. فإذا كان هذا السند عقداً، رفع الدائن دعوى لإبطاله نيابة عن المدين، فإن للخصم أن يدفع بإجازة المدين للعقد، ولو وقعت هذه الإجازة بعد رفع الدعوى.

ويمكن للخصم (مدين المدين) ألا يكتفى بمجرد الدفوع لدفع الدعوى غير المباشرة، بل يجوز له أن يلجأ إلى دعاوى المدعى عليه يوجهها إلى المدين نفسه بعد إدخاله خصماً فى الدعوى. فمثلاً يجوز للخصم أن يطلب الحكم بفسخ العقد (مصدر الحق موضوع الدعوى غير المباشرة) بدلاً من الإكتفاء بمجرد الدفع بعدم التنفيذ إذا كان المدين قد أخل بالتزاماته الناجمة عنه.

ولكن ليس للخصم بطبيعة الحال أن يتمسك فى مواجهة الدائن بالدفوع التى تستند إلى العلاقة القائمة بينهما، فالدائن ليس إلا نائباً عن المدين، لذا لا يجوز التمسك فى مواجهته إلا بالدفوع التى يمكن التمسك بها قبل الأصيل (المدين). وعلى ذلك ليس للخصم التمسك بالمقاصة بينه وبين الدائن شخصياً.

**(جـ) اثار الدعوى بالنسبة إلى الدائن:**

الدائن ليس إلا نائباً عن المدين، لذلك فإن الحكم الذى يصدر فى الدعوى غير المباشرة إنما يصدر للمدين، أو عليه، وما يحكم به يدخل فى الذمة المالية للمدين مباشرة ولا يفيد منه الدائن إلا باعتباره من أموال المدين الضامنة سداد ديونه. أى أن الحكم الصادر، رغم أنه قد تم بناء على سعى أحد الدائنين، إلا أنه يستفيد منه الجميع، المدين

وسائر الدائنين.

فالدعوى غير المباشرة، لا يستأثر بحصيلتها الدائن الذى باشرها، بل تندرج تلك الحصيلة ضمن الضمان العام للدائنين، حيث يتقاسمونه فيما بينهم قسمة غرامة، لذلك يقل اللجوء من الناحية العملية إلى هذه الدعوى، حيث لا يستأثر الدائن الذى يباشرها ويتكبد فيها الكثير من الجهد والنفقات، بثمرتها.

ويمكن أن يتفادى الدائن، أحياناً هذه النتيجة، إذا إتخذ، بجانب إجراءات رفع الدعوى، إجراءات التنفيذ على ما يحكم به لاستيفاء حقه منه قبل أن يتقدم الدائنون الآخرون. أما أن تنبه هؤلاء إلى ذلك، وهذاما يحدث غالباً، وتقدموا فى الوقت المناسب، فإنهم يشاركون الدائن فى حصيلة التنفيذ ويتقسمونها فيما بينهم قسمة غرماء.

## المطلب الثالث

## الدعوى المباشرة

### (أ) المقصود بالدعوى المباشرة :

رأينا أن الدعوى غير المباشرة لا تقدم للدائن الحماية الكافية لأنه لا يستأثر بحصيلتها، بل يتعرض لمزاحمة سائر الدائنين، لذا خول المشرع الدائن، فى بعض الحالات، دعوى مباشرة، قبل مدين مدينه ويباشر الدائن هذه الدعوى باسمه شخصياً وليس باسم مدينه، ويصبح بمقتضاها دائناً شخصياً لمدين مدينه. وله أن يستأثر بالحق الذى لمدينه فى ذمة مدين المدين.

مؤدى ذلك أن الدائن يرفع الدعوى المباشرة ليطالب بحقه قبل المدين، على مدين المدين، وتحقق هذه الدعوى للدائن ضماناً أكيداً لأنه

يطالب بحق له، ويستأثر بحصيلتها، ويصبح بذلك بمثابة دائن، له امتياز فى استيفاء حقه من الحق الثابت لمدينه فى ذمة الغير، ولا يشاركه الدائنون الآخرون فى ذلك.

ويترتب على هذا الوضع نتائج مخالفة لنتائج الدعوى غير المباشرة.

١- لا يستطيع المدين التصرف فى الحق موضوع الدعوى، ويمتنع على المدين بهذا الحق (مدين المدين) الوفاء به لغير الدائن، وذلك منذ الوقت الذى يقوم فيه هذا الأخير بإنذاره.

٢- لا يمكن للدائنين الآخرين[١] مشاركة الدائن فى حصيلة هذه الدعوى، لأن مبلغ هذه الحصيلة خاص به ينتقل إليه مباشرة، دون أن يمر بذمة المدين. ولكن ليس للدائن أن يطالب مدين المدين بأكثر مما له فى ذمة المدين. ولا شأن له بما يزيد عن حقه.

٣- يمكن للخصم (مدين المدين) أن يدفع الدعوى المباشرة، بجانب الدفوع الخاصة بالمدين، بكل الدفوع الخاصة بالدائن، لأن هذا الأخير يباشرها باسمه شخصياً وليس باسم مدينه. فيجوز للخصم، على سبيل المثال، أن يتمسك بالمقاصة بينه وبين الدائن شخصياً.

ولا توجد نظرية عامة للدعوى المباشرة فى القانون المدنى، فهى لم تقرر إلا فى مواضع متفرقة بنصوص خاصة، لذا لا يجوز استعمال هذه الدعوى إلا فى الحالات التى وردت فى التشريع.

---

(١) ويقصد بهم دائنى المدين، فالدائن لا يتعرض لمزاحمة هؤلاء،إلا أنه يمكن أن يتعرض لمزاحمة دائنى مدين المدين.

**(ب) حالات الدعوى المباشرة :**

١- علاقة المؤجر بالمستأجر من الباطن، حيث يلتزم المستأجر من الباطن بأن يؤدى للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً فى ذمته للمستأجر الأصلى وقت أن ينذره المؤجر[1]. وعلى ذلك يستطيع المؤجر الرجوع بالدعوى المباشرة على المستأجر من الباطن ليستوفى أجرة العين المؤجرة من المبالغ التى قد تكون فى ذمة هذا الأخير للمستأجر الأصلى.

ولا يجوز للمستأجر من الباطن أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الأجرة للمستأجر الأصلى، ما لم يكن ذلك قد تم قبل الإنذار وفقاً للعرف أو لإتفاق ثابت تم وقت الإيجار من الباطن.

٢- علاقة المقاول من الباطن والعمال مع رب العمل، حيث يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذى يكون مديناً به للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلى ورب العمل.

ولهم فى حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلى إمتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز، ويكون الإمتياز لكل منهما بنسبة حقه، ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة.

وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل[2].

---

(١) م٥٩٦ مدنى.

(٢) م ٦٦٢ مدنى.

مؤدى ذلك أن كل من عمال المقاول والمقاول من الباطن له الحق فى أن يرفع دعوى مباشرة على رب العمل لمطالبته بما فى ذمته للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى، ليستوفوا منه ما لهم من حقوق قِبل هذا الأخير.

٣- علاقة الموكل بنائب الوكيل، فإذا أناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له فى ذلك، كان مسؤولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه فى هذه الحالة متضامين فى المسؤولية.

أما إذا رُخص للوكيل فى إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب، فإن الوكيل لا يكون مسؤولاً إلا عن خطأه فى اختيار نائبه أو عن خطأه فيما أصدر له من تعليمات.

ويجوز فى الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر[1].

يتضح من ذلك أنه يترتب على عقد الوكالة من الباطن بين الوكيل ونائبه، نشوء دعوى مباشرة لكل من الموكل ونائب الوكيل، كل منهما قِبل الآخر، فيستطيع الموكل بمقتضى هذه الدعوى أن يرجع مباشرة على نائب الوكيل بجميع حقوق الوكيل، ويستطيع نائب الوكيل الرجوع مباشرة على الموكل بجميع حقوق الوكيل.

٤- علاقة المضرور بشركة التأمين، حيث يستطيع المضرور فى حادث السيارة الرجوع بالدعوى المباشرة على شركة التأمين التى أمنت المسؤول عن هذا الحادث[2]، فوفقاً للقانون ١٩٥٥/٦٥٢ يكون

---

(١) م٧٠٨ مدنى.

(٢) انظر مؤلفنا في المسئولية عن حوادث السيارات، ٢٠٠٣.

للمصاب فى حادثة سيارة، أو لورثته، دعوى مباشرة على شركة التأمين التى أمن صاحب السيارة لديها من مسؤوليته عن حوادثها. والتأمين هنا إجبارى لتغطية الأضرار التى تلحق الغير. ويستطيع المضرور الحصول على التعويض الذى تلتزم به الشركة المؤمنة، قبل صاحب السيارة، طبقاً لعقد التأمين الذى لم يكن المضرور طرفاً فيه[1].

## المبحث الثاني

## الدعوي البوليصية

## (دعوي عدم نفاذ تصرف المدين)

### (أ) المقصود بالدعوى البوليصية :

تشترك الدعوى البوليصية مع الدعوى غير المباشرة فى أنهما يواجهان معاً مديناً معسراً، لذا فالهدف واحد ألا وهو المحافظة على أموال المدين وذلك لتقوية الضمان العام للدائنين.

ولكن فى حين أن الدعوى غير المباشرة يقصد منها تأمين الدائن ضد خطر إهمال المدين وتقصيره، فإن الدعوى البوليصية تهدف إلى حماية الدائن من خطر أكبر ألا وهو تصرفات المدين التى يجريها إضراراً به، كأن يقوم ببيع أمواله بثمن بخس ثم يهرب ما قبض من ثمن فراراً من التنفيذ على المال.

وترفع الدعوى البوليصية بإسم الدائن مباشرة، وليست بإسم المدين كالدعوى غير المباشرة، ويقصد بها عدم نفاذ التصرف الضار بالدائن فى

---

(١) ويمكن القول بأن رجوع المصاب على الشركة بالدعوى المباشرة يقوم على أساس الإشتراط لمصلحته فى عقد التأمين المبرم بين المسئول وشركة التأمين، ويبدو ذلك واضحاً فى حالة التأمين الإجبارى لصالح الغير. انظر مؤلفنا في أحكام التأمين٢٠٠٤.

حقه، أى أن هذا التصرف لا يسرى فى مواجهته أو لا ينصرف إليه أثره.

ويترتب على الإختلاف بين كل من الدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة أنه لا يجوز الجمع بينهما فى إجراءات واحدة. فلا يمكن للدائن أن يطعن بعدم نفاذ البيع الصادر من مدينه، ويستعمل فى نفس الوقت الدعوى غير المباشرة للمطالبة بحق المدين فى الثمن قبل البائع، ولكن الدائن يستطيع أن يستعمل الدعويين إحداهما بعد الأخرى[١].

والأصل أن ترفع الدعوى البوليصية فى صورة دعوى مستقلة، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من رفعها بصفة دعوى فرعية أو إثارتها كمسألة أولية، ولو أثناء قيام الدعوى غير المباشرة متى كانت ظروف دفاع الطاعن تستلزم ذلك[٢].

(١) وإن كانت الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية تختلفان كل منهما عن الأخرى فى أساسها وشروطها وآثارها، ومن ثم لا يجوز الجمع بينهما فى آن واحد، إلا أنه يجوز للدائن أن يستعملهما متعاقبتين إحداهما بعد الأخرى، وليس من الضرورى أن ترفع الدعوى البوليصية إستقلالاً، بل يصح رفعها كدعوى عارضة أو إثارتها كمسألة أولية، ولو أثناء قيام الدعوى غير المباشرة، متى كانت ظروف دفاع الدائن تستلزم ذلك. فإذا كان الدائن عندما ووجه فى دعواه غير المباشرة من ناظر الوقف بمصادقة مدينه على حساب الوقف، قد دفع بأن هذه المصادقة باطلة بصدورها غشاً وتدليساً وبالتواطؤ بين المدين وبين ناظر الوقف، فإنه لا يكون قد جمع بين الدعوى غير المباشرة وبين الدعوى البوليصية فى آن، وإنما هو آثار الدعوى البوليصية كمسألة أولية، فهو بهذا قد إستعمل الدعويين على التعاقب ويكون من المتعين الفصل فى الدعوى البوليصية. وإذا كانت المحكمة قد قصرت بحثها على الدعوى غير المباشرة، وإعتبرت مصادقة المدين نافذة فى حقه بمقولة أنه لم يرفع الدعوى البوليصية، فإنها تكون قد أغفلت الفصل فى دفاعه ويكون حكمها قد أخطأ فى تكييف هذا الدفاع، وتعين نقضه (نقض ١٩٥٠/٢/٢ س١ س٢٢٠).

(٢) انظر الحكم السابق.

وقضى أيضاً بأنه لما كانت الدعوى البوليصية يقصد بها عدم نفاذ التصرف الصادر =

## (ب) طبيعة الدعوى البوليصية :

حاول الفقه تأصيل الدعوى البوليصية من خلال ردها إلى أحد النظم القانونية القائمة، فذهب البعض إلى إعتبارها دعوى بطلان، وذهب آخرون إلى أنها دعوى مسؤولية يحكم فيها بالتعويض العينى المتمثل فى عدم نفاذ التصرف فى حق الدائنين. وحاول البعض إرجاعها إلى دعوى الصورية على أساس أن المشرع قد افترض صورية تصرف المدين.

لكن الإتجاه الغالب يرى الإستقلالية هذه الدعوى بين النظم القانونية الأخرى، فهى دعوى خاصة قررها المشرع بهدف المحافظة على الضمان العام من خلال عدم نفاذ تصرف المدين المعسر فى حق الدائن، فهى دعوى يطعن بها الدائن فى تصرف صادر من مدينه إضراراً بحقوقه حتى لا تسرى آثار هذا التصرف فى حقه.

لذا وجب اختصام كل أطراف التصرف فى الدعوى، حيث يرفع الدائن الدعوى على المدين وعلى من تصرف له المدين، ولا يترتب عليها

---

= من المدين فى حق دائنه، كان من الجائز إثارتها كدفع للدعوى التى يرفعها المتصرف إليه بطلب نفاذ هذا التصرف، ولا يلزم أن ترفع فى صورة دعوى مستقلة، ولا يغير من هذا أن يكون التصرف مسجلاً، فإن تسجيله لا يحول دون أن يدفع الدائن فى مواجهة المتصرف إليه، الذى يطلب تثبيت ملكيته إستناداً إلى عقده المسجل، بالدعوى البوليصية. إذ ليس من شأن تسجيل التصرف أن يغير من طريقة اعمال هذه الدعوى، ولا الآثار المترتبة عليها (نقض ١٩٥٩/٣/٣٠ س١ ص٣٨٨، ١٩٥٢/٢/١٤ س٢ ص٤٩٦).

وقضى كذلك بأنه لا يوجد ما يمنع من رفع الدعوى البوليصية بصفة دعوى فرعية، فإذا رفعت دعوى إستحقاق العقار أثناء نظر دعوى نزع الملكية، جاز للدائن الذى طلب نزع الملكية أن يطعن بدعوى فرعية فى العقد الذى بنيت عليه دعوى الإستحقاق لأنه صدر من المدين إضراراً به (بنى سويف الكلية- حكم إستئنافى-١٩٠٨/٣/١٧ مجموعة رسمية١ ص١٢).

بطلان التصرف المطعون فيه، بل يظل قائماً بين المدين والمتصرف إليه، وكل ما هنالك هو أن هذا التصرف لا ينفذ فى حق الدائن، بمعنى أن المال المتصرف فيه يظل فى الضمان العام للدائنين ويمكنهم القيام بإجراءات التنفيذ عليه.

نعرض لدراسة الدعوى البوليصية من خلال بحث كل من شروط هذه الدعوى، وآثارها.

## المطلب الأول

## شروط الدعوى البوليصية

يمكن إجمال شروط الدعوى البوليصية فى شروط تتعلق بالدائن[1]، وأخرى تتعلق بالتصرف المطعون فيه، وأخرى تتعلق بالمدين.

### الفرع الأول

### الشروط التي تتعلق بالدائن

ليس لكل دائن أن يلجأ إلى الدعوى البوليصية ليطالب بعدم نفاذ تصرف مدينه، بل لابد وأن يتوافر فى حقه الشرطان التاليان:

**١- يجب أن يكون حق الدائن مستحق الأداء:**

يقررالمشرع الدعوى البوليصية لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء، بخلاف الحال فى الدعوى غير المباشرة التى تقرر لكل دائن ولو

---

(١) تجمل المادة ٢٣٧ مدنى تلك الشروط بقولها: «لكل دائن أصبح حقه مستحقه الأداء، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف فى حقه، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين وزاد فى إلتزاماته وترتب عليه إعسار المدين أو الزيادة فى إعساره وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها فى المادة التالية.

لم يكن حقه مستحق الأداء[1].

ويترتب على ذلك أنه ليس للدائن بحق مضاف إلى أجل واقف أو معلق على شرط واقف أن يستعمل الدعوى البوليصية. أما إذا كان الحق معلقاً على شرط فاسخ أو مقترناً بأجل فاسخ، فإن الدائن يمكنه استعمال الدعوى المذكورة، ذلك أن الشرط الفاسخ والأجل الفاسخ لا يمنعان من أن يكون الحق مستحق الأداء.

وينبغى أن يكون حق الدائن خالياً من النزاع، لأنه لو كان متنازعاً فيه، لا يكون مستحق الأداء وليس لصاحبه استعمال الدعوى البوليصية.

ويلاحظ أن حرمان الدائن بحق مضاف إلى أجل واقف من الالتجاء إلى الدعوى البوليصية لا يتعارض مع شرط الإعسار اللازم لإستعمال هذه الدعوى، لأن الإعسار المقصود هنا هو الإعسار الفعلى وليس الإعسار القانونى، ومن المقرر أن الأجل لا يسقط إلا بصدور حكم بشهر الإعسار، وأكثر من ذلك فإن الحكم بشهر الإعسار هو أمر جوازى للمحكمة، بل إن لها أن تقضى بإبقاء الأجل أو بمده رغم الحكم بشهر الإعسار، وبناء على ذلك فإنه يمكن أن يجتمع شرط الإعسار مع بقاء أجل الدين حيث يظل غير مستحق الأداء، ولا يمكن بالتالى رفع الدعوى البوليصية.

**٢- يجب أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه :**

يجب أن يكون حق الدائن سابقاً فى الوجود على تاريخ التصرف، إذ لا يتصور أن يكون المدين قد قصد بتصرفه الإضرار بدائن لم يكن له

---

(١) م٢٣٧، ٢٣٥ مدنى. حسام الاهوانى، احكام الالتزام ص١٢٠

وجود وقت إبرامه. وإذا كان التصرف سابقاً على نشوء حق الدائن فليس لهذا الأخير وجه للتظلم لأنه لم يعتمد على المال (أو الحق) الذى أخرجه المدين من ذمته.

والعبرة فى ذلك هى بتاريخ وجود الحق لا بتاريخ استحقاق أدائه أو بتاريخ الفصل فيما ثار حول وجوده أو مقداره من نزاع. وعلى ذلك فإن كان حق الدائن مقترناً بأجل واقف، ونشأ قبل التصرف جاز له استعمال الدعوى البوليصية عندما يحل الأجل ولو تم ذلك بعد نشوء التصرف.

وبالنسبة للتصرف يجب الإعتداد بتاريخ صدوره وليس بتاريخ شهره إذا كان من التصرفات الواجبة الشهر. فإذا كان التصرف المطعون فيه بيعاً لعقار، فلا يمكن الطعن فيه بالدعوى البوليصية إلا إذا كان حق الدائن سابقاً على إنعقاد البيع، ولو تم شهر البيع بعد ثبوت هذا الحق.

**ولكن كيف يتم إثبات أسبقية حق الدائن؟**

إذا كان مصدر حق الدائن واقعة مادية كالفعل النافع أو الفعل الضار، فإن ذلك يتم بكافة طرق الإثبات طبقاً للقواعد العامة. أما إذا كان مصدر هذا الحق تصرفاً قانونياً كالعقد، فالأمر لا يثير صعوبة إذا أثبت التصرف فى محرر رسمى. ولكن الصعوبة تثور حيث يكون التصرف ثابتاً فى ورقة عرفية.

ذهب البعض إلى أنه يجب أن يكون حق الدائن ثابت التاريخ حتى تُقبل الدعوى البوليصية حيث تقضى القاعدة العامة بأن تاريخ المحرر العرفى لا يكون حجة على الغير إلا منذ أن يكتسب تاريخاً ثابتاً، وحيث أن المتصرف إليه يعتبر من الغير، فلا يجوز الإحتجاج عليه

بالتاريخ العرفى. أضف إلى ذلك أن الإكتفاء بالتاريخ العرفى من شأنه أن يساعد المدين- إذا كان له مصلحة فى ذلك- على التواطؤ مع الدائن على تقديم تاريخ سنده، حتى يتمكن من الطعن فى التصرف بالدعوى البوليصية.

ولكن الرأى الراجح يذهب إلى أنه إستثناء من هذه القاعدة لا يشترط ثبوت تاريخ سند الدائن، حيث لم يرد فى النصوص ما يفيد ذلك. ويدعم هذا الرأى ما ورد فى المذكرة الإيضاحية بقولها «وقد كان فى الوسع أن يشترط ثبوت تاريخ الدين، لإقامة الدليل على تقدمه على التصرف، بيد أن المشروع آثر إغفال اشتراطه ثبوت التاريخ اقتداء بالمشروع الفرنسى الإيطالى، ولاسيما أن القضاء المصرى قد جرى على ذلك. والواقع أن الدائن يفاجأ فى أغلب الأحيان بالتصرف الضار، دون أن يكون قد احتاط، من قبل لإثبات تاريخ سند الدين، ولكن من المسلم أن عبء إقامة الدليل على تقدم الدين، بطرق الإثبات كافة، يقع على عاتق الدائن».

ونفس الحكم بالنسبة للتصرف المطعون فيه حيث لا يشترط أن يكون ثابت التاريخ، ويكون هذا التصرف حجة على الدائن ولو كان تاريخه عرفياً، خاصة أن الدائن لا يعتبر من الغير بالنسبة إلى هذا التاريخ قبل ثبوت توافر شروط الدعوى البوليصية.

وبناء على ذلك، فإن التاريخ يكون حجة على الخصم، سواء تعلق الأمر بتاريخ سند الدائن أو بتاريخ التصرف المطعون فيه. فإذا كان هذا التاريخ عرفياً، فإنه يجوز إثبات عدم صحته بكافة طرق الإثبات. فيجوز للمتصرف إليه أن يثبت بكافة الطرق أن تاريخ سند الدائن قد قدم عمدا بالإتفاق مع المدين بقصد السماح للدائن بالطعن فى التصرف

بالدعوى البوليصية، إضراراً بالمتصرف إليه. ويجوز للدائن أن يثبت بجميع الطرق أن تاريخ التصرف قد قدم عمداً بقصد حرمانه من الدعوى البوليصية. أما إذا كان التاريخ ثابتاً، فإنه لا يسمح للخصم بدحض حجيته إلا عن طريق الطعن بالتزوير.

نخلص من كل ما سبق إلى أن الدائن الذى يستطيع استعمال الدعوى البوليصية هو ذلك الذى يكون حقه مستحق الأداء، وسابقاً على التصرف المطعون فيه. ويستوى فى ذلك الدائن العادى أو الدائن صاحب الضمان الخاص، فالدائن المرتهن أو صاحب الإمتياز يستطيع الطعن بالدعوى البوليصية فى تصرف المدين فى عين غير تلك المحملة بالتأمين العينى، متى كانت قيمة هذه العين غير كافية للوفاء بدينه حتى يتحقق الضرر من التصرف المطعون فيه. أما إذا ورد التصرف على العين المحملة بالتأمين العينى، فللدائن صاحب هذا التأمين أن يطعن فى هذا التصرف حتى لا يكون مضطراً إلى تتبع العين فى يد الغير.

ويستوى كذلك أن يكون مصدر حق الدائن هو التصرف القانونى كالعقد أو الواقعة المادية أو العمل غير المشروع، وسواء تمثل محل حق الدائن فى مبلغ من النقود أو عمل أو امتناع عن عمل. ولا يشترط أخيراً أن يكون حق الدائن ثابتاً فى سند تنفيذى، لأن الدعوى البوليصية تعد تمهيداً للتنفيذ وليست من إجراءاته.

### الفرع الثاني

### الشروط التي تتعلق بالتصرف المطعون فيه

يلزم لكى يستطيع الدائن أن يستعمل الدعوى البوليصية أن نكون بصدد تصرف قانونى، مفتقر، وضار بالدائن.

### ١- يجب أن نكون بصدد تصرف قانونى:

يلزم أن نكون بصدد تصرف قانونى، أى اتجاه الإرادة نحو إحداث أثر قانونى معين، كأن يهب المدين عقاراً مملوكاً له لشخص آخر أو أن يبيعه بثمن بخس. ويستوى أن نكون بصدد تصرف ملزم للجانبين كالبيع والهبة، أو تصرف ملزم لجانب واحد كالإبراء. ويستوى أن يكون التصرف معاوضة كالمقايضة والقسمة، أم تبرعاً كالهبة.

ولا يجوز الطعن فى الأعمال المادية التى تصدر من المدين، فإذا أضر المدين بالغير، عمداً أو إهمالاً، وإلتزم قبله بالتعويض، فإن الدائن لا يستطيع الطعن بالدعوى البوليصية فى العمل غير المشروع الذى نسب إلى المدين. أما إذا تصالح المدين مع المضرور على مبلغ التعويض فإننا نكون بصدد تصرف قانونى يقبل الطعن فيه.

### ٢- يجب أن يكون التصرف مفقراً:

يكون التصرف القانونى مفقراً إذا كان من شأنه أن يُنقص من حقوق المدين، كتصرف المدين فى عين مملوكة له بالبيع أو الهبة. لأن من شأن البيع خروج العين من ذمته فى مقابل ثمن بخس أو ثمن عادى من السهل تبديده أو إخفائه عن الدائنين. وتؤدى الهبة إلى خروج العين دون مقابل.

والتصرف يكون مفقراً كذلك إذا كان يزيد من إلتزامات المدين، كما لو اقترض المدين، أوتعهد بالإنفاق على شخص لا تلزمه نفقته قانوناً، أو إشترى عيناً بثمن يزيد كثيراً عن قيمتها، أو إلتزم بدفع أقساط مرتفعة فى عقد تأمين.

أما إذا لم يكن التصرف مفقراً، لم يكن للدائن أن يطعن فيه،

ويترتب على ذلك استبعاد التصرفات التى تؤدى إلى عدم زيادة الحقوق أو عدم إنقاص الإلتزمات، فهذه التصرفات وإن كانت تحول دون زيادة الضمان العام، إلا أنها لا تنقصه، وهى لا تؤدى إلى سلب المدين حقاً كان داخلاً ضمن ضمان الدائن، وليس من شأنها أن تثقله بدين جديد يضعف من هذا الضمان. مثال ذلك رفض المدين هبة، أو رد إبراء أحد دائنيه له من دين عليه.

وقد كان مقتضى ذلك عدم جواز الطعن بالدعوى البوليصية فى نزول المدين عن التمسك بالتقادم المكسب أو المسقط، لأن هذا النزول ليس تصرفاً مفقراً، فالمدين لا يكسب الحق ولا يسقط الإلتزام إلا إذا تمسك بالتقادم، فإذا رفض التمسك به فلا يكون قد أنقص حقوقه أو زاد فى التزاماته، بل يكون قد امتنع عن إنقاص إلتزاماته أو زيادة حقوقه. ولكن المشرع قرر أن النزول عن التقادم لا ينفذ فى حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم[١].

### ٣- يجب أن يكون التصرف ضاراً بالدائن:

فإذا كان التصرف غير ضار بالدائن، انعدمت مصلحته فى الطعن فيه بالدعوى البوليصية، حتى ولو كان هذا التصرف مفقراً، ويكون التصرف ضاراً إذا ورد على مال اعتمد عليه الدائن فى إستيفاء دينه، أى كان موجوداً فى ذمة المدين وقت نشوء الدين، وكان من الممكن التنفيذ عليه.

أما إذا تعلق التصرف بمال لا يجوز الحجز عليه كالمرتبات والنفقة، فلا يجوز للدائن الطعن فى هذا التصرف بالدعوى البوليصية حيث

---

(١) المواد ٣٨٨، ١٩٧٣، ونص المشرع كذلك على أنه يجوز للدائن التمسك بالتقادم السارى لمصلحة المدين (م٣٨٧ مدنى).

تنعدم المصلحة فى الطعن لأن التصرف لا يضر به. وكذلك الحال إذا كان موضوع التصرف مالاً مثقلاً بحقوق عينية للغير تستغرقه ولا تترك منه شيئاً للدائن. ونفس الحكم بالنسبة للتصرف الذى يتضمن تنازلاً من جانب المدين عن حق متصل بشخصه، كالنزول عن التعويض عن الضرر الأدبى، والنزول عن الرجوع فى الهبة، فلا توجد فائدة من الطعن فى هذا النزول، لأن الدائن لا يستطيع أن يستعمل هذا الحق بالدعوى غير المباشرة لأنه متصل بشخص المدين.

ويترتب على شرط الضرر أن الدائن يمتنع عليه الإستمرار فى الدعوى إذا إستوفى حقه من المدين أو من المتصرف إليه. ويمكن للأخير أن يتخلص من الدعوى البوليصية متى أودع ثمن المثل فى خزانة المحكمة ولو كان قد إشترى العين بثمن أقل أو كان قد تلقاها من المدين على سبيل التبرع. ففى هذه الأحوال ينتفى الضرر، ولا تكون للدائن مصلحة فى الإستمرار فى الدعوى[1].

**٤- تطبيقات خاصة :**

**أ- تفضيل أحد الدائنين:** قد يقوم المدين بتفضيل دائن على آخر دون حق، وذلك إما بتقرير ضمان خاص له كرهن مثلاً، وإما بأن يوفيه حقه، ولاشك أن هذين التصرفين من شأنهما الإضرار بالدائنين الآخرين، حيث ينطوى ذلك على إخلال بمبدأ المساواة، ويؤدى إلى إنقاص نسبة ما يأخذونه من مدينهم المعسر عند اقتسام أمواله قسمة غرماء، لذا تدخل المشرع لمواجهة هذين الفرضين كما يلى:

---

(١) وتنص على ذلك المادة ٢٤١ مدنى بقولها «إذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل، وقام بإيداعه خزانة المحكمة».

**الأول:** إذا وفر المدين المعسر لأحد دائنيه سببا من أسباب التقدم لم يكن له وقت نشوء دينه، كما لو رتب له رهناً على أحد أمواله، فإنه يجوز الطعن فى ذلك بالدعوى البوليصية بقصد حرمان الدائن من هذه الميزة[١].

فإذا تم تقرير هذا الضمان الخاص نظير مقابل معين من الدائن كإعطاء المدين أجلاً للوفاء، أو النزول عن جزء من الدين، فإن تصرف المدين فى هذه الحالة يعتبر معاوضة، ولزم قبول الطعن فيه من قبل الدائنين الآخرين إثبات التواطؤ بين المدين والدائن الذى تقرر له هذا الضمان. أما إذا كان الدائن لم يؤد مقابلاً لما تقرر له من ضمان خاص، كان تصرف المدين تبرعاً، ولا يلزم بالتالى إثبات الغش.

**الثانى:** إذا قام المدين المعسر بالوفاء لأحد الدائنين قبل حلول الأجل المعين أصلاً للوفاء، اعتبر الوفاء فى هذه الحالة من قبيل التبرع، فلا يسرى فى حق باقى الدائنين، ويتحتم على الدائن أن يرد ما قبضه من المدين لكى يقتسمه الدائنون جميعاً قسمة غرماء. ولا يشترط لذلك إثبات أى غش.

أما إذا كان الوفاء بدين حال، فإنه يعتبر فى حكم المعاوضات، ويلزم لإمكان الطعن فيه بالدعوى البوليصية، إثبات قيام التواطؤ بين المدين والدائن الذى استوفى حقه[٢].

---

(١) قررت المادة ١/٤٢٤ مدنى أنه «إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على آخر دون حق، فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة».

(٢) تنص المادة ٢/٢٤٢ مدنى على أنه «إذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذى عين أصلاً للوفاء، فلا يسرى هذا الوفاء فى حق باقى الدائنين وكذلك لا يسرى فى حقهم الوفاء ولو حصل بعد إنقضاء هذا الأجل، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ المدين والدائن الذى إستوفى حقه».

**ب- التدخل فى القسمة:** يمكن أن يتواطأ المدين كشريك الشيوع مع باقى الشركاء على أن يفرز لنفسه، عند إجراء القسمه. نصيباً أقل مما يستحقه إضراراً بضمان الدائن، هنا يجوز لهذا الأخير أن يطعن فى القسمة بالدعوى البوليصية، إذا هو أثبت قيام الغش(١).

ولكن المشرع فضل، بدلاً من إنتظار القسمة، ثم الطعن فيها وإعادة إجراءاتها، أن يمكن الدائن من تفادى الضرر قبل وقوعه، فهو يتدخل فى إجراءات القسمة لمراقبة مدينه ومنعه من الإضرار بحقه.

## الفرع الثالث

## الشروط المتعلقة بالمدين

يلزم أن يكون المدين معسراً، وأن يتوافر الغش فى جانبه، وأن يكون من صدر له التصرف المطعون فيه عالماً بهذا الغش إذا كان هذا التصرف معاوضة.

### (أ) إعسار المدين :

**أولاً: المقصود بالإعسار:** يشترط، لإمكان الطعن فى التصرف بالدعوى البوليصية، أن يكون المدين معسراً. فالإعسار هو الذى يبرر تقييد حرية المدين فى التصرف. ويتحقق الإعسار نتيجة عدم كفاية أمواله للوفاء بديونه.

---

(١) تنص المادة ٨٤٢ مدنى على «١- لدائنى كل شريك أن يعارضوا فى أن تتم القسمة عيناً أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم، وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء، ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين فى جميع الإجراءات وإلا كانت القسمة غيرنافذة فى حقهم. ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة. ٢- أما إذا تمت القسمة، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا فى حالة الغش».

والإعسار المقصود هنا ليس هو الإعسار القانونى الذى يتطلب حكماً بشهره، بل يقصد به الإعسار الفعلى الذى يتمثل فى زيادة الديون على الحقوق المستحقة وغير المستحقة. أما الديون فيشترط أن تكون مستحقة الأداء[1].

**ثانياً: وقت الإعسار:** والمدين إما أن يكون موسراً قبل صدور التصرف المطعون فيه، إلا أن هذا التصرف أدى إلى إعساره، وإما أن يكون معسراً قبل صدور التصرف، وترتب عليه الزيادة فى هذا الإعسار. ويستطيع الدائن أن يطعن فى تصرف المدين فى الحالتين، ولو كان التصرف من قبيل المعاوضات. ففى البيع مثلاً قد يبيع المدين عيناً بثمن بخس أو بثمن المثل ويقوم بإخفائه عن دائنيه أو تبديده، وقد يشتري عيناً بثمن يفوق قيمتها.

أما إذا لم يترتب على التصرف إعسار المدين، بل يبقى بعده موسراً، فلا يجوز للدائن الطعن فيه بالدعوى البوليصية، ولو طرأت بعد ذلك ظروف أدت إلى إعسار المدين. وكذلك الحال إذا كان المدين معسراً من بادئ الأمر، ثم أبرم تصرفاً بعوض كاف ليس من شأنه الزيادة فى إعساره، كما لو باع عيناً بثمن المثل واشترى بالثمن مالاً آخر.

ويجب لقبول الدعوى البوليصية أن تظل حالة الإعسار قائمة حتى وقت رفع الدعوى. فإذا أبرم المدين تصرفاً أدى إلى إعساره أو إلى الزيادة فى هذا الإعسار، ولكنه أصبح، بعد ذلك، موسراً نتيجة ميراث أو صفقة رابحة، لم تعد للدائن مصلحة فى الطعن فى التصرف المذكور.

**ثالثاً: إثبات الإعسار:** ويقع على الدائن عبء إثبات إعسار المدين تطبيقاً للقواعد العامة التى تقضى بأن الأصل أن على المدعى

---

(١) نقض ١٩٥٢/٢/١٤ ص٢ ص٤٩٦ .

إثبات دعواه، ولكن المشرع خفف على الدائن هذا العبء فإكتفى منه بإثبات مقدار ما فى ذمة مدينه من ديون، فإن نجح فى ذلك قامت قرينة قانونية بسيطة على أن المدين معسر، ويجوز لهذا الأخير نقض هذه القرينة بإثبات أن لديه أموالاً تساوى قيمة الديون أو تزيد عليها[1].

**(ب) الغش والعلم به إذا كان التصرف معاوضة:**

**أولاً:** يشترط، إن كان **التصرف معاوضة**، أن ينطوى على غش من المدين، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش. والغش هو العامل الأساسى الذى تستند إليه الدعوى البوليصية، فهى تقوم لشل أثر التصرف الذى يبرمه المدين غشاً، أى بقصد الإضرار بمصلحة الدائنين.

ويقصد بالغش توافر النية لدى المدين فى الإضرار بدائنه، فهو يبرم التصرف المفقر الذى يؤدى إلى إعساره أو إلى الزيادة فى هذا الإعسار، مما يؤدى إلى إنقاص ضمانه العام، وعدم تمكين الدائن من إستيفاء حقه بالتنفيذ على أمواله. فالغش عنصر نفسى حيث يفترض وجود عنصر إرادى أى قصد معين.

**ثانياً:** ولصعوبة **إثبات الغش** على هذا النحو، أقام المشرع قرينة لمصلحة الدائن تسهل عليه عبء الإثبات، فجعل من مجرد علم المدين بإعساره قرينة على توافر الغش، أى أنه يكفى لإعتبار التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم بأنه معسر، فعلم

---

(١) تنص المادة ٢٣٩ مدنى على ذلك بقولها «إذا ادعى الدائن إعسار المدين، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما فى ذمته من ديون، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالاً يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها».

المدين بأن التصرف يؤدى إلى إعساره، أو إلى الزيادة فى إعساره، قرينة قانونية على أنه قصد الإضرار بدائنه.

ولكن هذه القرينة ليست قاطعة، بل يجوز للمدين أن ينفى دلالتها، فيمكنه أن يثبت أنه رغم علمه بالإعسار لم يقصد الإضرار بدائنه بل قصد بتصرفه الحصول على حاجاته الضرورية من مأكل وملبس ومسكن، أو أن التصرف الذى أبرمه كان من التصرفات العادية التى تقتضيها مهنته، أو أنه أبرمه أملاً فى الحصول على ربح وترويج أعماله، وأن الإعسار مؤقت ومصيره إلى الزوال بسبب هذا التصرف، ولكن الأيام أخلفت ظنه وخابت توقعاته.

**ثالثاً: أما إذا كان التصرف تبرعاً**، فإنه لا ينفذ فى حق الدائن، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا[1].

والحكمة فى هذه التفرقة بين المعاوضات والتبرعات واضحة، حيث لا يعقل نفاذ تبرع المدين فى حق دائنيه، فى الوقت الذى لا يوجد لديه ما يكفى لسداد ديونه. أضف إلى ذلك أن الدائن أولى بالرعاية، عدالة، من المتصرف إليه، لأن الدائن يقصد توقى الضرر أما المتصرف إليه

---

(١) تقرر المادة ١/٢٣٨ مدنى تلك الأحكام بقولها: «إذا كان تصرف المدين بعوض، يشترط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يكون منطوياً على غش من المدين، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش، ويكفى لإعتبار التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر، كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر.

أما إذا كان التصرف تبرعاً، فإنه لا ينفذ فى حق الدائن، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً».

فيبتغى النفع. ومن المقرر أن دفع الضرر مقدم على جلب المنفعة.

**رابعاً:** لا يكفى غش المدين، بل يجب، مادام التصرف معاوضة، **أن يكون المتصرف إليه على علم بهذا الغش.** ويعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر، فيكفى أن يثبت الدائن أن المتصرف إليه كان على علم بإعسار المدين، وعلمه بأن التصرف يؤدى إلى إعساره أو الزيادة فى إعساره «لتقوم قبله قرينة قانونية على علمه بغش المدين[1]، بحيث يجب عليه إذا أراد أن يدحض هذه القرينة أن يقيم الدليل على أنه، بالرغم من علمه بإعسار المدين، كان يعتقد أن هذا الأخير يزمع استخدام ثمن ما باعه له أو ما اقترضه منه فيما يزيد أمواله ويقوى ضمان دائنه».

**خامساً: خلف المتصرف إليه:** قد يقوم المتصرف إليه بدوره بالتصرف فى العين إلى شخص آخر، كأن يبيع العقار الذى اشتراه من المدين. فى هذه الحالة ينبغى التمييز بين عدة فروض:

١- إذا كان التصرف الأول الصادر من المدين تبرعاً، والتصرف

---

(١) مفاد نص المادتين ٢٣٧، ١/٢٣٨ من القانون المدنى أن الغش الواقع من المدين وحده فى عقود المعاوضات لا يكفى لعدم نفاذ تصرفه فى حق الدائن بل يجب على الدائن إثبات التواطؤ بين المدين وبين المتصرف إليه على الإضرار بحقوق الدائن لأن الغش فى الجانبين هو من الأركان الواجب قيام دعوى عدم نفاذ التصرفات عليها، وأن يثبت أن الغش موجود وقت صدور التصرف المطعون فيه، وإذا كان يبين مما قرره الحكم المطعون فيه وأسس عليه قضاءه، أنه استخلص من أقوال الشهود والقرائن التى أوردها أن المتصرف إليه مشترى العقار لم يكن يعلم أن التصرف يؤدى إلى إعسار البائع ورتب على ذلك عدم توافر الغش فى جانب المتصرف إليه بما ينتفى معه أحد أركان دعوى عدم نفاذ التصرف، فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً (نقض مدنى فى ٤ ديسمبر ١٩٧٣، ص٢٤، ص١٢١٣).

الثانى الصادر من المتصرف إليه إلى الخلف الثانى تبرعاً كذلك، فلا يشترط للطعن بالدعوى البوليصية غش المدين ولا علم خلفه، أى أن الدعوى تقبل ولو كان كلاهما حسن النية.

٢- إذا كان التصرف الأول الصادر من المدين إلى الخلف الأول تبرعاً، والتصرف الثانى الصادر من هذا الأخير إلى الخلف الثانى معاوضة، فلا يشترط غش المدين ولا علم الخلف الأول بهذا الغش ولكن يشترط علم الخلف الثانى بأن المدين كان معسراً وقت تصرفه للخلف الأول.

٣- إذا كان التصرف الأول الصادر من المدين معاوضة، والتصرف الثانى الصادر من المتصرف إليه الأول (الخلف الأول) تبرعاً، فيشترط أن يكون منطوياً على غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش، ولكن لا يشترط سوء نية الخلف الثانى (المتصرف إليه الثانى أو خلف الخلف).

٤- إذا كان التصرف الأول الصادر من المدين معاوضة، والتصرف الثانى الصادر من المتصرف إليه الأول معاوضة كذلك، فيجب على الدائن أن يثبت غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش. ويجب فوق ذلك أن يثبت علم الخلف الثانى بغش المدين وبعلم الخلف الأول بهذا الغش[1].

---

(١) تنص المادة ٣/٢٣٨ مدنى على ذلك بقولها:

«وإذا كان الخلف الذى انتقل إليه الشئ من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثانى يعلم غش المدين، وعلم الخلف الأول بهذا الغش، إن كان المدين قد تصرف بعوض، أو كان هذا الخلف الثانى يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً».

## المطلب الثانى

## آثار الدعوى البوليصية

يترتب على الحكم فى الدعوى البوليصية عدة آثار يمكن إجمالها فيما يلى:

### (أ) عدم نفاذ تصرف المدين فى حق الدائن:

يترتب على الحكم فى الدعوى البوليصية عدم نفاذ تصرف المدين فى حق الدائن. ويترتب على ذلك أن الحق الذى تصرف فيه المدين يعتبر أنه لم يخرج عن الضمان العام، ويستطيع الدائن التنفيذ على هذا الحق. فإذا تصرف المدين بالبيع أو الهبة، اعتبر الشئ المبيع أو الموهوب لا يزال فى ضمان الدائن(١).

وإذا تمثل تصرف المدين فى تقرير حق عينى على مال له، كرهن أو ارتفاق أو انتفاع، فإن هذا الحق يسقط بالنسبة للدائن، ويمكنه التنفيذ على هذا المال بإعتباره خالصاً من الحق الذى تقرر عليه للغير. «وإذا كان التصرف إسقاط حق عينى- كالتنازل عن حق ارتفاق- رجع هذا الحق بالنسبة إلى الدائن، ونفذ هذا على العين كما لو كان حق الإرتفاق ثابتاً له، وإذا كان التصرف إبراء المدين لذمة مدين له، لم ينفذ هذا الإبراء فى حق الدائن، واعتبر الدين لا يزال موجوداً فى ذمة مدين المدين، وللدائن أن يحجز عليه حجز ما للمدين لدى الغير».

---

(١) ليس من شأن الدعوى البوليصية المفاضلة بين العقود، بل هى دعوى شخصية لا يطالب فيه الدائن بحق عينى، يؤول بمقتضاها الحق العينى إليه أو إلى مدينه، بل أنها تدخل ضمن ما يكفل به القانون حقوق الدائنين ضمن وسائل الضمان، دون أن يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود الملكية إلى المدين، وإنما ترجع العين فقط إلى الضمان العام للدائنين (نقض ٧٢/٦/١٣ س٢٣ ص١١٠٢).

ويترتب على عدم نفاذ تصرف المدين فى حق الدائن، أن المال المتصرف فيه لا يدخل فى الضمان العام لدائنى المتصرف إليه، ويمتنع على هؤلاء الدائنين مشاركة دائن المتصرف فى التنفيذ على هذا المال. أما إذا كان محل التصرف مبلغاً من النقود، أو ديناً أبرئ منه، فإن دائنى المتصرف إليه يزاحمون الدائن الطاعن لأنه لا يطالب بشئ معين بالذات، إنما هو ينفذ بالمبلغ المستحق على كافة أموال المتصرف إليه. وهى فى نفس الوقت ضمان دائنيه.

وإذا كان التصرف المطعون فيه يتضمن إنشاء إلتزام جديد فى ذمة المدين، كما لو اشترى عيناً أو اقترض مالاً، فإن البائع أو المقرض وهو الدائن الجديد، لا يكون له حق مزاحمة الدائن الطاعن فى التنفيذ على أموال المدين[1]. وإذا كان المدين قد وفى إلى أى منهما بالتزامه فإن هذا الوفاء لا يسرى فى حق الدائن، ويتعين على الموفى له رد ما قبضه.

ويلاحظ أن عدم نفاذ تصرف المدين فى حق الدائن لا يكون إلا بالقدر اللازم للوفاء بحقه، فإذا كان التصرف قرضاً أو هبة نقود، فإن الذى لا ينفذ من هذا القرض أو هذه الهبة بالنسبة للدائن هو الجزء الكافى للوفاء بحقه، أما ما زاد على ذلك من آثار التصرف فإنه يظل سارياً.

---

(١) إذا كان طلب عدم نفاذ التصرف (الدعوى البوليصية) منصباً على التصرف بأكمله قرضاً ورهناً بإعتباره تصرفاً أجراه المدين إضراراً بالدائنين وأجابت المحكمة الدائن إلى طلبه فإن قضاءها فى هذا الخصوص، فضلاً عما يترتب عليه من إدخال الحق المتصرف فيه فى الضمان العام للدائنين، يؤدى إلى إخراج المتصرف إليه من مجموعة هؤلاء الدائنين فلا يشترك معهم فى حصيلة الحق المتصرف فيه، عند التنفيذ. وليس له أن يقتضى ما له من دين فى ذمة مدينه إلا ما عسى أن يبقى من هذه الحصيلة بعد التنفيذ (نقض ١٠/٦/١٩٦٥ س١٦ ص٧٢٤).

ويترتب على عدم نفاذ التصرف فى حق الدائن، أن يمتنع عليه الاستفادة من ذلك التصرف، إذ لا يجوز أن يتمسك الدائن بعدم نفاذ التصرف فيما يرتبه من إلتزامات، وبنفاذه فيما ينشئه من حق له. وعلى ذلك إذا كان التصرف شراء وحكم بعدم نفاذه فى حق الدائن، فإن البائع يلتزم برد الثمن الذى قبضه، ويمتنع على الدائن التنفيذ على العين المشتراه. وإذا كان التصرف بيعاً ولم يدفع المشترى الثمن بعد، فلا يجوز للدائن مطالبته به.

**(ب) استفادة جميع الدائنين من آثار الدعوى :**

متى تقرر نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم[1].

ومؤدى ذلك أنه إذا ما رفع أحد الدائنين الدعوى البوليصية، فإنه يجوز لكل دائن آخر تتوافر فيه شروط هذه الدعوى أن يتدخل فيها، فيستفيد من الحكم بطبيعة الحال.

وإذا نجح الدائن الطاعن فى دعواه[2]، دون أن يتدخل أحد من الدائنين الآخرين، فإن ذلك لا يحول دون مشاركتهم فى التنفيذ على الحق الذى تصرف فيه المدين، وعاد إلى الضمان العام بموجب الحكم بعدم نفاذ التصرف[3]، ويترتب على ذلك أن هؤلاء الدائنون يشاركون الدائن رافع الدعوى مشاركة الغرماء فى حصيلة التنفيذ، ولكن هذه المشاركة

---

(١) م٢٤٠ مدني.

(٢) أما إذا خسر دعواه، فأن الحكم الصادر ضده لا يكون حجة على الدائنين الآخرين، ويستطيع بالتالى، كل دائن، إستوفى شروط هذه الدعوى أن يرفعها بإسمه هو.

(٣) ويستطيع الدائن أن يرجع بمصروفات الدعوى على باقى الدائنين، كل بقدر استفادته منها، بدعوى الإثراء بلا سبب.

قاصرة على الدائنين الذين استوفوا شروط الدعوى البوليصية، وبصفة خاصة، كانت حقوقهم سابقة على التصرف المطعون فيه، لأن هؤلاء الدائنون وحدهم هم الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم.

«ويقوم هذا الحكم على إعتبار جوهرى هو أن فكرة المساواة بين الدائنين فى موقفهم من الضمان العام لديونهم وهو أموال المدين قاطبة لا تتحقق إذا جعلت الأسبقية فى إتخاذ الإجراء أساساً للأفضلية والاستئثار، فالحكم لا يقوم على فكرة نيابة الدائنين عن بعضهم ولا على طبيعة الدعوى، وإنما هو يستند إلى ضرورة تحقيق المساواة فى الانتفاع من الضمان العام. ولا ينبغى أن تحول دون ذلك قاعدة نسبية الأحكام، لأن زمام هذه القاعدة بيد الشارع، وهو يخرج عليها كلما اقتضت المصلحة ذلك».

## (جـ) جواز اتقاء أثر الدعوى البوليصية :

إن الهدف من وراء الدعوى البوليصية هو منع الضرر الذى يلحق الدائن من جراء تصرف المدين، وذلك بتقرير عدم نفاذ هذا التصرف فى حقه. فإذا إنتفى هذا الضرر، انعدمت مصلحته فى رفع الدعوى أو فى السير فيها.

ويتحقق ذلك إذا استوفى الدائن حقه، كما لو قام المدين أو المتصرف إليه بوفاء الدين، هنا يتعين عدم الاستمرار فى الدعوى أو وقف تنفيذ الحكم. فمثلاً إذا باع المدين مالاً من أمواله وطعن الدائن فى هذا البيع بالدعوى البوليصية، كان للمشترى، إذا رغب فى الإحتفاظ بالمال، أن يقوم بوفاء الدين للدائن حتى يوقف الدعوى أو تنفيذ الحكم على المال الذى تلقاه، ثم يرجع بعد ذلك بما وفاه على المدين.

ويستطيع المشترى كذلك أن يتخلص من الدعوى البوليصية بإيداع الثمن الذى اشترى به المال خزانة المحكمة، إذا لم يكن قد دفعه للمدين (البائع) بعد، ويشترط أن يكون الثمن المودع هو ثمن المثل ولو كان الثمن الذى إشترى به المال أقل من ذلك. ويجب على المشترى أن يعلن الدائن الطاعن بالإيداع، ولا يلتزم بإعلان باقى الدائنين حيث قد لا يتيسر له معرفتهم، ولكن ذلك لا يمنع هؤلاء الدائنين، إذا علموا بإيداع الثمن خزانة المحكمة، من مشاركة الدائن الطاعن فى التنفيذ على هذا الثمن[1].

**(د) بقاء التصرف صحيحاً فيما بين المتعاقدين:**

يقتصر أثر الدعوى البوليصية على جعل التصرف المطعون فيه غير نافذ فى حق الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم، فهى لا تؤدى إلى إبطال التصرف، بل يظل هذا التصرف صحيحاً قائماً بين المتعاقدين، أى أنه يرتب كافة آثاره القانونية فيما بين المدين والمتصرف إليه[2]. وعلى ذلك إذا كان التصرف بيعاً، فإن المدين (البائع) يظل ملتزماً بكافة إلتزامات البائع، ويلتزم المتصرف إليه بجميع إلتزامات المشترى، ويترتب على ذلك:

---

(١) تنص المادة ٢٤١ مدنى على ذلك بقولها «إذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو المثل، وقام بإيداعه خزانة المحكمة».

(٢) الدعوى البوليصية ليست فى حقيقتها- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- إلا دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين إضراراً بدائنه، ولا يمس الحكم الصادر فيها صحة العقد الصادر من المدين، بل يظل هذا العقد صحيحاً وقائماً بين عاقديه منتجاً كافة آثاره القانونية بينهما: نقض مدنى فى ١٣ يونية سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض السنة٢٣ رقم١٧٤ ص١١٠٥.

١- يبقى المبيع ملكاً للمشترى، الذى يظل ملتزماً بدوره بدفع الثمن. وإذا نفذ الدائن على المبيع وإستوفى حقه من ثمنه، وبقى من ثمنه شئ بعد التنفيذ عليه، فإن هذا الباقى يعتبر من حق المشترى لا البائع.

٢- يحق للمشترى الرجوع على المدين البائع بضمان الإستحقاق الناشئ عن عقد البيع، إذا نفذ الدائنون على العين المبيعة. كما أن له حق طلب فسخ البيع طبقاً للقواعد العامة. ونفس الحكم إذا كان التصرف شراء، ولم يستطع البائع أن يستوفى الثمن من المدين، بسبب الطعن فى التصرف بالدعوى البوليصية، كان له الحق فى الفسخ وإسترداد العين المبيعة.

٣- يستطيع المتصرف إليه، وقد إستوفى دائن المتصرف حقه من ماله، أن يرجع على المدين المتصرف، بما إستوفاه الدائن، وذلك بدعوى الإثراء بلا سبب.

**(هـ) تقادم الدعوى البوليصية :**

تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بإنقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف. وتسقط فى جميع الأحوال بإنقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف المطعون فيه[1].

ومؤدى ذلك أن الدعوى البوليصية تتقادم بأقصر مدتين:

١- بمضى ثلاث سنوات، بالنسبة لكل دائن، من اليوم الذى يعلم فيه بصدور التصرف وبسبب عدم نفاذه فى حقه، فلا يكفى العلم بصدور

(١) م٢٤٣ مدنى. Mazeauds, chobas, droit civil, T. 11, n 987

التصرف لأن الدائن قد يعلم بذلك ولكن لا يعلم بالأسباب التى تستتبع عدم نفاذه فى حقه، وعلى ذلك يجب أن يعلم الدائن بإعسار المدين وقت التصرف إذا كان تبرعاً، أو أنه منطو على غش المدين، وعلم المتصرف إليه بهذا الغش إذا كان معاوضة.

٢- بمضى خمس عشرة سنة، بالنسبة لجميع الدائنين، من الوقت الذى صدر فيه التصرف، ولو لم يعلموا بصدور التصرف أو بسبب عدم نفاذه.

## المبحث الثالث

## دعوي الصورية

إن دراسة موضوع الصورية لا يقتصر على دراسة حق الدائن فى الطعن بالصورية فى تصرفات مدينة، بغية المحافظة على الضمان العام، بل يتعدى الأمر هذا النطاق، ليشمل المقصود بالصورية وأنواعها. هذا بالإضافة إلى معرفة مدى الاحتجاج بالتصرف الصورى فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير.

وعلى هذا نقسم دراستنا إلى مطلبين نتناول فيهما على التوالى: مفهوم الصورية، أحكام الصورية.

### المطلب الأول

### مفهوم الصورية

**(أ) تمهيد :**

قد يقوم المدين بإبرام بعض التصرفات الصورية التى لا وجود لها فى الحقيقة بهدف تهريب أمواله عن متناول يد دائنيه. مثال ذلك أن يتفق المدين مع شخص آخر على أن يظهر بمظهر المشترى لأحد أمواله.

هنا يظل المدين البائع محتفظاً بملكية المبيع لأن البيع الظاهر ليس إلا تصرفاً صورياً ولا وجود له فى الواقع، لذا يحتفظ البائع فى مواجهة المشترى بما يسمى بورقة الضد لتأكيد صورية البيع فيما بينهما.

ويقصد من هذا البيع الإضرار بدائن البائع بحرمانه من التنفيذ على العين المبيعة، فمن شأن هذا التصرف أن يؤدى إلى إفتقار المدين إفتقاراً ظاهرياً، لذا جاز للدائن أن يطعن فى تصرف مدينه بالدعوى الصورية وذلك لإثبات حقيقته، فيمكنه أن يطعن فى البيع بأنه غير موجود أصلاً، أو بأنه فى حقيقته هبة مستترة فى صورة بيع، وذلك كى يتمكن من الطعن فيها بالدعوى البوليصية دون حاجة إلى إشتراط الغش.

وهكذا يتضح لنا أن دعوى الصورية تتفق مع كل من الدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة فى الغرض، وهو المحافظة على الضمان العام، إلا أنها مع ذلك تتباين عنهما من عدة وجوه.

**(ب) مقارنة دعوى الصورية بالدعوى البوليصية :**

تشترك الدعويان فى وحدة الغرض، وهو الطعن فى تصرف تدليسى صادر من المدين إضراراً بدائنيه، لأنه يرمى به إلى إخراج بعض ماله عن متناول هؤلاء الدائنين، أى إضعاف الضمان العام لهم[١].

---

(١) التصرف التدليسى هو أن يشارك المتصرف فى إجراء تصرف صورى أو فى إجراء تصرف حقيقى، يجعله فى حالة إعسار بإخراج جزء من أملاكه عن متناول دائنيه، فإذا كان التصرف بيعاً فسبيل إبطاله هو الطعن المبنى على الصورية أو على الدعوى البوليصية، فى هذه الحالة يجب التمسك بأن الثمن وهمى أو بخس أو بأنه حقيقى ولكن المتصرف له إشترك مع المدين فى إخراج هذا الثمن كله أو بعضه من مجموعة أمواله حتى أصبح فى حالة إعسار لا يفى ماله بمطلوب غرمائه، والعبء فى إثبات إعسار المدين بالصفة المطعون فيها يقع على الدائن (نقض ١٩٣٩/١١/١٩ مجموعة عمر٢ ص١٣).

ويترتب على ذلك إستفادة جميع الدائنين من الحكم الصادر فى كل من الدعويين حيث يكون لهم جميعاً التنفيذ على العين محل التصرف.

ويكمن الفرق الجوهرى بين الدعويين فى أن دعوى الصورية يقصد بها الطعن فى تصرف ظاهر لا وجود له قانوناً بقصد إثبات صوريته، وذلك بغية إستبقاء المال محل التصرف فى ملك المدين لم يخرج منه حتى يمكن التنفيذ عليه، أما الدعوى البوليصية فيقصد بها الطعن فى تصرف جدى أضر بحق الدائن وذلك حتى لا ينفذ هذا التصرف فى مواجهته أى بغية إعادة المال المتصرف فيه إلى ملك المدين[1].

ترمى الدعوى الصورية إلى مجرد الكشف عن حقيقة التصرف وتقرير واقعه، لذا فهى أقل خطراً من الدعوى البوليصية التى تشكل قيداً على حرية المدين فى التصرف، لذلك كانت شروط إستعمال الدعوى الثانية أشد من شروط الدعوى الأولى، ويتضح ذلك مما يلى:

١- لا يشترط فى الدائن رافع دعوى الصورية أن يكون حقه سابقاً على التصرف المطعون فيه، ولا يلزم أن يكون هذا الحق مستحق الأداء بل يكفى أن يكون ثابتاً أى خالياً من النزاع. وعلى ذلك يجوز لمن كان دينه مؤجلاً أو معلقاً على شرط واقف أو لاحقاً لتصرف المدين أن يطعن فيه بالصورية. وهذا بخلاف الحال فى الدعوى البوليصية.

---

(١) دعوى الصورية ودعوى عدم نفاذ تصرف المدين هما دعويان مختلفتان، فيجوز للدائن إثبات أن العقد الذى صدر من المدين صورى بغية إستبقاء المال الذى تصرف فيه فى ملكه، فإن أخفق جاز له الطعن فى العقد الحقيقى بدعوى عدم نفاذ التصرف فى حقه، بغية إعادة المال إلى ملك المدين. كما أنه يجوز للدائن كذلك فى الدعوى الواحدة أن يطعن فى تصرف مدينه بالدعويين معاً على سبيل الخيرة، فيحاول إثبات الصورية أولاً، فإن لم ينجح إنتقل إلى الدعوى الأخرى. (نقض ١٩٧١/٢/٢٥ س٢٢ ص٢٢٨).

٢- لا يشترط فى دعوى الصورية أن يقصد المدين بتصرفه الإضرار بحقوق الدائن، ولو كان هذا التصرف معاوضة[(١)]، ولا يلتزم الدائن بالتالى، بإثبات هذا القصد. بل وأكثر من ذلك لا يشترط فى التصرف المطعون فيه أن يؤدى إلى إعسار المدين أو إلى الزيادة فى إعساره. وإن كان من الناحية العملية لن يكلف الدائن نفسه مشقة عناء رفع هذه الدعوى إلا إذا كان المدين معسراً، أما إذا كان ما تبقى من أموال لدى المدين كافياً لسداد دينه[(٢)]، فلن تكون له، غالباً، مصلحة فى أن يطعن بصورية تصرف مدينه.

ولكن ذلك لا يعنى أن إعسار المدين شرط لقبول الدعوى الصورية، إذ يستطيع الدائن أن يطعن بالصورية فى تصرف مدينه، حتى لو كان موسراً، متى كانت له مصلحة فى ذلك، كما فى حالة المشترى الأول للعقار بعقد غير مسجل، حيث تكون له مصلحة فى أن يطعن، بوصفه دائناً للبائع، بصورية العقد المسجل للمشترى الثانى لنفس

---

(١) نقض ١٩٣٩/٥/١١ مجموعة عمر٢، ص١٨١ .

(٢) الدائن الشخصى للمتصرف يعتبر من الغير فى الصورية ويجوز له إثباتها بطرق الإثبات كافة ولا يشترط لقبول الطعن بالصورية من الدائن أن يكون حقه سابقاً على التصرف الصورى بل يصح أن يكون حقه تالياً لهذا التصرف، إذا أن التصرف الصورى الصادر من المدين يبقى صورياً حتى بالنسبة إلى الدائنين الذين إستجدوا بعد هذا التصرف ويظل الشئ محل التصرف داخلاً فى الضمان العام للدائنين جميعاً سواء منهم من كان حقه سابقاً على التصرف الصورى أو لاحقاً له وسواء كان هذا الحق مستحق الأداء أو غير مستحق الأداء مادام خالياً من النزاع وذلك أنه متى كان التصرف صورياً فإنه لا يكون له وجود قانوناً ولا يشترط لقبول الطعن بالصورية من الدائن أن يكون هو المقصود إضراره بالتصرف الصورى إذ من مصلحة أى دائن للمتصرف أن يثبت صورية هذا التصرف حتى يظل الشئ محل التصرف فى الضمان العام للدائنين فيستطيع أن ينفذ عليه بدينه (١٩٦٥/١٢/٩ س١٦ ص١٢٢٣).

العقار لإزالة العقبة القائمة فى سبيل تحقيق أثر عقده، فيحكم له هو بصحة عقده، ويخلص له طريق نقل الملكية بتسجيل الحكم الصادر له بذلك[1].

٣- يقتصر الحق فى رفع الدعوى البوليصية على الدائن، بينما يجوز رفع دعوى الصورية من قبل كل من تضر به صورية التصرف، ولو كان أحد المتعاقدين.

٤- لا تسقط دعوى الصورية بالتقادم[2]، بينما تسقط بالتقادم الدعوى البوليصية كما سبق أن عرضنا.

**(جـ) مقارنة دعوى الصورية بالدعوى غير المباشرة :**

تشترك كل من دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة فى أنه لا يشترط فى كل منهما أن يكون حق الدائن رافع الدعوى مستحق الأداء، ولا أن يكون هذا الحق سابقاً على التصرف الصادر من المدين. أضف إلى ذلك أن كل من الدعويين تؤديان إلى إستفادة جميع الدائنين، ولو لم يشتركوا فى الدعوى، من الحكم الصادر فيهما.

ولكن هذا التشابه لا يحجب الفارق الجوهرى بين الدعويين، حيث

---

(١) نقض ٢٠/ ١٩٣٨/١٠ مجموعة عمر٢ ص٤٠٥ .

(٢) الدفع ببطلان عقد البيع على أساس أنه يستر وصية وأن وصف بأنه دفع بالبطلان، إلا أنه فى حقيقته وبحسب المقصود منه إنما هو دفع بصورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر، لا يسقط بالتقادم لأن ما يطلبه المتمسك بهذا الدفع إنما هو تحديد طبيعة التصرف الذى قصده العاقدان وترتيب الآثار القانونية التى يجب أن تترتب على النية الحقيقية لهما. وإعتبار العقد الظاهر لا وجود له، وهذه حالة واقعية قائمة ومستمرة لا تزول بالتقادم فلا يمكن لذلك أن ينقلب العقد الصورى صحيحاً مهما طال الزمن (نقض ١٠/ ١٩٧٣/٤ س٢٤ ص٥٧٧).

يرفع الدائن دعوى الصورية بإسمه هو، أما الدعوى غير المباشرة فيرفعها الدائن نيابة عن مدينه وبإسمه، ويترتب على ذلك أن الدائن فى الحالة الأولى يحق له إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات لأنه من الغير. أضف إلى ذلك أنه لا يشترط إعسار المدين لإستعمال دعوى الصورية، بخلاف الحال فى الدعوى غير المباشرة.

**(د) تعريف الصورية :**

تتمثل الصورية فى إتخاذ مظهر كاذب عند إجراء تصرف قانونى، فهى موقف ظاهر غير حقيقى يستر موقفاً خفياً، فإذا كنا بصدد عقد، نجد هناك عقدين: عقد ظاهر وهو العقد الصورى وآخر مستتر وهو العقد الحقيقى ويطلق عليه ورقة الضد.

مؤدى ذلك أنه يلزم لقيام الصورية وجود عقدين متعاصرين على الأقل معاصرة ذهنية[1]، وأن يكون أحدهما ظاهراً معلناً والآخر خفياً مستتراً، وأن يختلف العقدان من حيث الطبيعة أو الأركان أو الشروط.

**(هـ) أنواع الصورية :**

يمكن تقسيم الصورية إلى قسمين رئيسيين: صورية مطلقة، وصورية نسبية.

---

(١) إن لمحكمة الموضوع، بما لها من سلطة تفسير العقود وتقدير الوقائع، أن تقرر أن العقد محل الدعوى، وإن صدر فى يوم تال لعقد آخر، بينه وبين العقد الآخر معاصرة ذهنية، وأن العقد الأخير، وإن وصف بأنه تراد أو تفاسخ، هو فى حقيقته، حسبما إنعقدت عليه نية الطرفين، ورقة ضد تفيد صورية العقد الأول. (نقض ١٩٤٩/١٢/١ س١ ص٤٨).
ويكفى فى إعتبار الإقرار بمثابة ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التى تربطه بالعقد، وإن إختلف تاريخهما (نقض ٤٩/١٢/١٥ س١ ص١٠٢).

**أولاً: الصورية المطلقة:** وتتناول وجود التصرف فى ذاته، فيكون التصرف الظاهر لا وجود له فى الحقيقة، ولا يتضمن الإتفاق المستتر تصرفاً آخر يختلف عن التصرف المعلن، بل يقتصر هذا الإتفاق على أن التصرف الظاهر إنما هو تصرف صورى لا وجود له.

مثال ذلك أن يلجأ المدين المهدد بالحجز على أمواله إلى بيعها لأحد أصدقائه، ويتفق معه على أن البيع صورى محض وأن الأموال مازالت على ملكه، ويأخذ من صديقه إقراراً بذلك، ويسمى هذا الإقرار ورقة الضد.

**ثانياً: الصورية النسبية:** وتتمثل فى إخفاء حقيقة التصرف فى صورة تصرف آخر، أى أن العقد الظاهر يستر عقداً خفياً مغايراً له سواء فى النوع، أو فى الشروط والأركان، أو فى شخصية أطرافه[١].

١- فقد تنصب الصورية على طبيعة التصرف أو نوعه، كمن يعقد تصرف حقيقى ويستره فى صورة تصرف آخر. كأن يتفق الطرفان على أن عقد البيع هو فى حقيقته هبة وأن المشترى غير ملزم بدفع الثمن، فالعقد الظاهر أو الصورى هو البيع والعقد المستتر أو الحقيقى هو الهبة. وقد يكون الغرض من ذلك جعل إستعمال الدعوى البوليصية أكثر صعوبة بالنسبة للدائنين، وقد يقصد الأطراف التهرب من رسمية العقد.

ويطلق على هذا النوع من الصورية «الصورية بطريق التستر» ومثالها أيضاً ستر الوصية الصادرة من الوارث إلى أحد ورثته فى

---

(١) الصورية المطلقة هى تلك التى تتناول وجود العقد ذاته فيكون العقد الظاهر لا وجود له فى الحقيقة، أما الصورية النسبية فهى التى لا تتناول وجود العقد وإنما تتناول نوع العقد أو ركناً فيه أو شرطاً من شروطه أو شخص المتعاقدين (نقض ١٩٧٨/٥/٢٥ س٢٩ ص١٣٢٧، الطعن ٨١٣٧ س٦٣ ق جلسة ٢٠٠٢/٢/٢٨).

صورة عقد بيع وذلك بغية التحايل على أحكام الميراث[1].

٢- وقد تتناول الصورية شرطاً من شروط العقد أو ركناً من أركانه، أي أن الصورية هنا لا تقع على وجود التصرف ولا على طبيعته، بل تقتصر على أحد عناصره. فقد يلجأ المتعاقدان إلى ذكر ثمن أقل من الثمن الحقيقي فى عقد البيع تهرباً من رسوم التسجيل، أو ثمن أكبر من الثمن الحقيقي بقصد منع الشفيع من طلب الشفعة.

ويطلق على هذا النوع **«الصورية بطريق المضادة»**، ومثالها أيضاً إخفاء سبب التصرف تحت ستار سبب آخر، كأن يذكر فى عقد الهبة سبب مشروع لها إخفاء للسبب الحقيقي غير المشروع[2]. وقد تقتصر الصورية على مجرد تغيير تاريخ التصرف، كما لو كان المتصرف مريضاً فى مرض الموت فيقدم التاريخ حتى يجعله سابقاً على بدء المرض، أو

---

(١) إذا دفع بصورية عقد بيع مسجل صادر من والد إلى ولده الصورية المطلقة، فأحالت المحكمة الدعوى إلى التحقيق، ثم استخلصت إستخلاصاً سائغاً من أقوال الشهود إثباتاً ونفياً- بعد أن أوردت مجمل هذه الأقوال فى حكمها- أن الطاعن فى العقد قد عجز عن إثبات دفعه بالصورية، ثم خلصت إلى القول بأن العقد عقد تمليك قطعى منجز انتقلت الملكية بموجبه فوراً حال حياة البائع، وأنه عقد صحيح سواء بإعتباره بيعاً حقيقياً أو بيعاً يستر هبة، وأنه حتى مع التسليم أن ثمناً لم يدفع فإنه لا مانع قانوناً من إفراغ الهبة المنجزة فى صورة عقد بيع صحيح، فحكمها بذلك صحيح، ولا وجه للطعن فيه بأنه فيما فعل قد خلط بين الصورية النسبية والصورية المطلقة (نقض ١٩٥١/١٢/٢٠ س٣ ص٢٥٦، نقض ١٩٥٢/٣/١١ س٥ ص٥٩٢)

(٢) ذكر سبب الإلتزام فى العقد لا يمنع المدين من إثبات أن هذا السبب غير حقيقى وأن الإلتزام فى الواقع معدوم السبب، ولئن كان هذا الإدعاء مما لا يجوز إثباته بغير الكتابة إذا كان الالتزام مدنيًا لأنه إدعاء يخالف ما إشتمل عليه دليل كتابى، إلا أن إثباته جائزاً بطرق الإثبات كافة إذا كان الإلتزام تجارياً (نقض ١٩٦٦/١٠/٢٧ س١٧ ص١٥٩٢).

محجوراً عليه فقدم التاريخ ليكون سابقاً على تسجيل قرار الحجر[1].

٢- وقد تقع الصورية على أحد طرفى العقد، كما لو تم الشراء باسم شخص، ولكنه فى الحقيقة لحساب شخص آخر، فيكون اسم الشخص الظاهر فى العقد اسماً مستعاراً.

فالصورية فى هذا الفرض تتناول شخصية أحد المتعاقدين، ويطلق عليها **الصورية بطريق التسخير**. ويتم ذلك عادة بغية التحايل على حكم من أحكام القانون الذى يحظر على بعض الأشخاص التعامل فى حقوق معينة. مثال ذلك منع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها التى تدخل فى إختصاص المحاكم التى يعملون فى دائرتها. ومنع النائب من أن يشترى ما نيط به بيعه، وكذلك الحال بالنسبة للسماسرة والخبراء. فى هذه الحالات يعمد هؤلاء الأشخاص، تحايلاً على حكم القانون، إلى إخفاء شخصية المشترى تحت ستار شخصية آخر.

## المطلب الثانى

## أحكام الصورية

### الفرع الأول

### أحكام الصورية فيما بين المتعاقدين والخلف العام

#### (أ) العبرة بالعقد الحقيقى:

أن العبرة فى تكييف العلاقة القانونية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الخلف العام ليست بالعقد الظاهر، وإنما بالعقد

(١) تقديم تاريخ العقد لإخفاء صدوره أثناء عته البائع هو تحايل على القانون، يجوز إثباته فيما بين المتعاقدين بالبينة وبالقرائن، وحكم الورثة فى هذا الخصوص هو حكم مورثهم (نقض ١٩٧١/٦/٢٢ س٢٢ ص٧٩٢). انظر مؤلفنا نظرية الحق، ٢٠٠٢.

الحقيقى[1]. وهذا يتمشى مع الإرادة الحقيقية للطرفين إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، ذلك أن العقد الحقيقى هو وحده العقد الذى أراده المتعاقدان.

وعلى ذلك يجوز لكل من المتعاقدين ولخلفهما العام الإحتجاج فيما بينهما بالعقد الحقيقى، وله بالتالى إثبات صورية العقد الظاهر. فإذا كان العقد الصورى بيعاً فإنه لا يرتب أثراً بين طرفيه ولا تنتقل الملكية بمقتضاه للمشترى، ويبقى البائع الصورى مالكاً للعين وتنتقل منه إلى ورثته، إذ العبرة بالنسبة إلى الخلف العام بالعقد الحقيقى أيضاً لا بالعقد الصورى، وإذا كان البيع الصورى يخفى هبة، أخذ طرفاه بأحكام الهبة لا بآثار البيع.

ويترتب على ذلك أنه يجب، لسريان العقد المستتر فيما بين المتعاقدين، أن تتوافر فيه جميع الشروط الموضوعية التى يتطلبها القانون، فإذا أخفى المتعاقدان الهبة فى صورة بيع، وجب توافر أركان الهبة الموضوعية وشروط صحتها، فيجب أن تكون صادرة ممن هو أهل للتبرع، ويجوز الرجوع فيها متى وجد عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع. فإذا توافر كل ذلك تم إعمال أحكام الهبة لا أحكام البيع.

أما من حيث الشكل، فإن العبرة تكون بالعقد الظاهر، فلا يشترط توافر الشكلية التى قد يتطلبها القانون فى العقد المستتر، ويكون العقد صحيحاً إذا تم فى الشكل الذى إتخذه العقد الظاهر فإذا تمت الهبة تحت ستار البيع، فلا تشترط فيها الرسمية التى يستلزمها القانون لتمام الهبة، بل يكفى أن يكون العقد الظاهر بيعاً فى شكله.

---

(١) تنص المادة ٢٤٥ مدنى على أنه إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى.

### (ب) الصورية ليست بذاتها سبباً فى بطلان التصرف :

لا يترتب على الصورية بطلان التصرف، إذ يعتد بالعقد الحقيقى بين الطرفين طالما أنه إستكمل شروط الإنعقاد والصحة. أما إذا كان التصرف الخفى باطلاً يحرمه القانون فإن الجزاء هو بطلان هذا التصرف. فإذا أخفى المتعاقدان هبة أريد بها الإستمرار فى علاقة غير مشروعة فى صورة بيع، فإن التصرف يبطل، لا لأنه صورى، بل لأن سببه غير مشروع. مؤدى ذلك أن الكشف عن الصورية التى تخفى تصرفاً غير مشروع يترتب عليه بطلان التصرف المستتر، كما فى حالة البيع لأحد عمال القضاء تحت ستار وشخصية مشتر آخر.

«أما إذا تضمنت الصورية تحايلاً على القانون دون أن يقصد بها إخفاء تصرف غير مشروع، فإن الكشف عن الصورية لا يترتب عليه بطلان التصرف المستتر مادام مشروعاً، وإنما يقتصر الجزاء على منع تحقيق الغرض الذى قصده المتعاقدان بتحايلهما. فإذا ثبت أن المتعاقدين قد أخفيا البيع تحت ستار هبة أو ذكرا ثمناً أكبر من الثمن الحقيقى لمنع الجار من أن يشفع فى العقار المبيع، اقتصر الجزاء على تفويت قصدهما فتثبت الشفعة للجار، رغم أن العقد ظاهره هبة، ولا يلتزم إلا بدفع الثمن الحقيقى دون الثمن الظاهر. وإذا ثبت أن الثمن المسمى أقل من الثمن الحقيقى بغية إنقاص رسوم التسجيل، كان لمكتب الشهر العقارى أن يقتضى الرسوم كاملة على أساس الثمن الحقيقى دون الثمن الظاهر. وإذا ثبت أن حقيقة التصرف وصية لا هبة أو بيعاً، طبقت أحكام الوصية فلا تنفذ فى حق الورثة فيما زاد على ثلث التركة إلا بإجازتهم».

## (جـ) إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للخلف العام:

يجب على من يدعى الصورية أن يثبت إدعاءه وإلا أعتد بالعقد الظاهر. ويخضع إثبات الصورية، فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للخلف العام، للقواعد العامة فى الإثبات.

وعلى ذلك إذا زادت قيمة التصرف على خمسمائة جنيهاً، فإنه لا يثبت، فيما بين الطرفين والورثة، إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها. وإذا كان التصرف الصورى مكتوباً فيتعين إثبات الصورية بالكتابة لأنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة، لذلك يجب على المتعاقد إذا عقد تصرفا صورياً مكتوباً أن يحتاط ويحصل على ورقة الضد التى يثبت بها حقيقة التصرف[١].

ويرد على هذه القاعدة عدة استثناءات يجوز فيها الإثبات بالبينة والقرائن فيما يجب إثباته بالكتابة، وهى وجود مبدأ ثبوت بالكتابة يدل على الصورية، وجود مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى (ورقة الضد)، فقد تلك الورقة بعد الحصول عليها بسبب أجنبى.

ويجوز كذلك إثبات الصورية بجميع طرق الإثبات، إذا إتخذت كوسيلة للتحايل على القانون[٢]، وحتى لو زادت قيمة التصرف على

---

(١) ويجوز الإحتجاج بورقة الضد غير المسجلة على طرفيها، ولو كانت فى صيغة تفاسخ، متى كان الثابت أنها ليست فى حقيقتها تفاسخاً بل إقراراً بصورية عقد آخر افرغ فى صورة تفاسخ، كما أنه يصح أن يواجه بها الغير ولو كانت غير مسجلة متى ثبت علمه بها (نقض ١٩٤٩/١٢/١ س١ ص٤٨).

(٢) إذا كان المطعون عليهم قد تمسكوا بصورية الأجرة المبينة بعقود الإيجار المبرمة بينهم وبين الطاعنين صورية تدليسية مبناها الغش والتحايل على القانون للتوصل إلى إقتضاء أجرة أكثر من الأجرة القانونية، فإنه يجوز إثبات هذه الصورية بين المتعاقدين بطرق الإثبات كافة، بما فيها البينة والقرائن (نقض ١٩٧٤/١/٣١ س٢٥ ص٢٥٩).

خمسمائة جنيهاً أو كان العقد الظاهر ثابتاً بالكتابة[1]. ويقصد بالتحايل على القانون هنا التهرب من أحكامه الآمرة. وعلى ذلك يجوز للمتعاقد أو لوارثه أن يثبت أن سبب دين القرض هو القمار، أو بأن عقد القرض يخفى رباً فاحشاً[2]، أو بأن المشترى الحقيقى هو أحد عمال القضاء ممن لا يجوز لهم الشراء.

أما إذا كان المقصود بالصورية هو التحايل بقصد الإضرار بالغير، فلا يجوز لأى من طرفى التصرف أن يثبت ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة، أى أنه يجب إثبات الصورية بالكتابة، إذا كان العقد الظاهر مكتوباً. فإذا إدعى المشترى أنه ليس ملزماً بدفع الثمن المذكور فى العقد على أساس أنه أكبر من الثمن الحقيقى المتفق عليه بقصد منع الشفيع من طلب الشفعة، فلا يجوز إثبات حقيقة الثمن إلا بالكتابة، حيث كان فى إستطاعة المشترى الحصول على ورقة الضد التى تثبت حقيقة الثمن[3].

وكقاعدة عامة تسرى قواعد إثبات الصورية، المتعلقة بالمتعاقدين، على الخلف العام، إلا أنه إذا كان المقصود بالصورية التحايل على

---

(١) نقض ١٩٣٧/١/١٨ مجموعة عمر ٢ ص٢٠٠، الطعن ٣٧٩١ س٦٠ق جلسة ٢٠٠٢/٥/١٤.

(٢) نقض ١٩٤٤/٥/٢٥ مجموعة عمر ٤ ص٣٩٠ .

(٣) مفاد نص المادة ١/٢٤٤ من القانون المدنى أن لدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص أن يثبتوا بكافة الطرق صورية العقد الذى أضر بهم، أما المتعاقدان فلا يجوز لهم إثبات ما يخالف ما إشتمل عليه العقد المكتوب إلا بالكتابة، والطعن على عقد البيع بأنه يستر وصية ولم يدفع فيه أى ثمن هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر، ومتى كان العقد الظاهر المطعون عليه بهذه الصورية مكتوباً، فإنه لا يجوز لأى من عاقديه أن يثبت هذه الصورية إلا بالكتابة وذلك عملاً بنص المادة ١/٦١ من قانون الإثبات (نقض ٧٦/١٢/٢١ س٢٧ ص١٨٠١).

القانون إضراراً بمصلحة الخلف العام بإعتباره وارثاً. هنا يجوز للوارث إثبات حقيقة التصرف بكافة طرق الإثبات. كما لو كان البيع الذى أبرمه المورث يستتر فى الحقيقة وصية وأنه لم يقصد به سوى إنفاذ الوصية فيما يجاوز الثلث إضراراً بالورثة. ويمكن للوارث كذلك إثبات صدور التصرف فى مرض الموت بكافة الطرق.

## الفرع الثاني

## أحكام الصورية بالنسبة للغير

### (أ) بيان المقصود بالغير فى الصورية :

يعتبر من الغير، فى معنى الصورية، كل من الدائن الشخصى للمتعاقد وخلفه الخاص[1]:

١- فالدائن العادى لكل من طرفى التصرف يعتبر من الغير فى معنى الصورية، سواء كان حقه سابقاً على التصرف الصورى أم لاحقاً له وسواء كان حقه مستحق الأداء أم غير مستحق. المهم أن يكون هذا الحق خالياً من النزاع.

فدائن البائع يعتبر من الغير[2]، وله أن يطعن فى البيع الصورى

---

(١) تنص المادة ٢٤٤ على ما يلى:

١- «إذا أبرم عقد صورى، فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسنى النية، أن يتمسكوا بالعقد الصورى، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم.

٢- وإذا تعارضت مصالح ذوى الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين».

(٢) وإذا باع شخص عيناً لآخر بيعاً صورياً، فباعها المشترى الصورى هو أيضاً بيعاً صورياً لمشتر ثان، فإن البائع الصورى الأول- وهو دائن للمشترى منه بموجب ورقة الضد- =

ويتمسك بالعقد الحقيقى لأن مصلحته بقاء المال المبيع فى ذمة المدين البائع أى أن مصلحته تقتضى عدم خروج المبيع من ضمانه العام. كما أن دائن المشترى يعد من الغير، وله أن يتمسك بالعقد الصورى لأن مصلحته تقتضى انتقال الشئ المبيع إلى المشترى ودخوله فى ضمانه العام.

٢- ويعد من الغير كذلك الخلف الخاص، وهو كل من تلقى حقاً عينياً على شئ معين. وعلى ذلك يعتبر خلفاً خاصاً كل من ينتقل إليه من أحد المتعاقدين حقاً عينياً على الشئ محل التصرف الصورى. فلو باع شخصاً داراً بيعاً صورياً، فكل من كسب حقاً عينياً على هذه الدار قبل التصرف الصورى أو بعده من البائع أو المشترى يعتبر من الغير فى البيع الصورى الذى تم.

فمثلاً يعتبر من الغير الدائن المرتهن الذى يرهن له البائع الأرض ثم يبيعها بعد ذلك بيعاً صورياً[1]، وكذلك الحال بالنسبة للدائن المرتهن الذى يرهن له المشترى الصورى الأرض. وإذا باع شخص العقار مرتين، وكان البيع الأول صورياً، فإن المشترى الثانى يعتبر من الغير بالنسبة لهذا التصرف الصورى، ويجوز له أن يطعن فيه بالصورية ولو كان مسجلا[2]، حتى يسلم له حقه الذى كسبه من البائع بعد تسجيل عقده،

---

= يعتبر من الغير بالنسبة إلى العقد الصورى الصادر من المشترى الأول إلى المشترى الثانى فيجوز له إثبات هذه الصورية بجميع طرق الإثبات (نقض ١٩٤٩/١٢/١ س١ ص٤٨).

(١) فله الحق فى الطعن فى البيع بالصورية حتى يتجنب إجراءات حق التتبع وإلا يتحمل حق التطهير، أى أنه يتفادى إتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار المرهون فى مواجهة المشترى له ويسمى بالحائز.

(٢) إذا أثبتت صورية عقد البيع صورية مطلقة فإنه يكون باطلاً ولا يترتب عليه نقل =

ولا يحول دون ذلك أن يكون عقده لاحقاً للتصرف الصورى، ولا يشترط أن يكون هذا العقد ثابت التاريخ.

٣- وتستقر محكمة النقض على أنه يعتبر من الغير أيضاً، رغم عدم إشارة النص إليهم، كل من لم يكن طرفاً فى العقد الصورى أو خلفاً عاماً لأحد طرفيه، وهم الأشخاص الذين لهم حقوق تتأثر بهذا العقد، فليس من الضرورى أن تكون هناك رابطة عقدية تربط بين أحد طرفى التصرف الصورى وبين الغير، بل يدخل فى معنى الغير من يكسب حقه على العين محل التصرف الصورى بموجب هذا التصرف نفسه[(١)].

وعلى ذلك يعتبر الشفيع من الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة[(٢)]، ويجوز له أن يشفع فى العقار مقابل الثمن الوارد فى العقد، ولو كان هذا الثمن أقل من الثمن الحقيقى بهدف تفادى رسوم التسجيل. وللشفيع أن يثبت بكل طرق الإثبات، أن الثمن المذكور فى العقد هو ثمن صورى مبالغ فيه بهدف منعه من الأخذ بالشفعة. وله أيضاً أن يثبت أن التصرف الصورى هو فى الحقيقة بيع وليس هبة، كما

---

= ملكية القدر المبيع ولو كان مسجلاً إذا ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقداً باطلاً (نقض ١٩٦٥/٥/٢٧ س١٦ ص٦٥٥).

(١) إن الصورية فى العقود يصح التمسك بها لكل ذى مصلحة ولو لم تكن بينه وبين العاقدين رابطة عقدية، وعلى ذلك يجوز الطعن من مشتر العقار بصورية العقد الصادر ببيع العقار ذاته من بائع آخر إلى مشتر آخر (نقض ١٩٤٧/٣/٢٠ مجموعة عمر٥، ص٣٨٢).

(٢) إن الشفيع من الغير، فلا يحتج عليه بغير العقد الظاهر، ومن ثم يكون له الأخذ بالشفعة إعتماداً على العقد الظاهر، دون نظر إلى العقد المستتر (نقض ١٩٥٤/٣/٢٥ س٥ ص٦٣٥).

هو معلن، بغية منعه من شراء العقار موضوع التصرف بالشفعة، وللشفيع الحق فى أن يشفع فى هذا البيع الصورى ولو كان فى حقيقته هبة مستترة[1].

ويدخل فى هذه الطائفة من الغير أيضاً المدين إذا حول الدائن حقه حوالة صورية، لذلك يحق للمدين أن يتخلص من الدين، إذا كان متنازعاً فيه، بدفع الثمن والمصروفات. ونفس الحكم بالنسبة للمنتفع من عقد الإشتراط، فهو من الغير بالنسبة لهذا العقد، ويترتب على ذلك أنه إذا كان عقد الإشتراط لمصلحة الغير صورياً، جاز للمنتفع التمسك بالعقد الظاهر.

**(ب) للغير أن يتمسك بالعقد المستتر :**

يجوز للغير أن يتمسك بالعقد الحقيقى متى كانت له مصلحة فى ذلك. فله أن يطعن بصورية العقد الظاهر، ولكن عليه أن يثبت صورية هذا التصرف. وله أن يستعين فى ذلك بكافة طرق الإثبات بما فى ذلك البينة والقرائن.

---

(١) إن الشفعة جائزة فى الهبة المستترة فى صورة بيع، ذلك أن الشفيع، بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة، من طبقة الغير بالنسبة إلى الطرفين المتعاقدين، البائع والمشترى فله أن يتمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر، ومن ثم لا يجوز أن يحتج بالعقد المستتر إلا إذا كان هذا العقد مسجلاً أو كان هو عالماً بصورية العقد الظاهر أو بوجود ورقة الضد (نقض ١٩٥٢/٥/١٥ س٣ ص١٠٦).

ومن المقرر قانوناً أن ورقة الضد لا يحتج بها إلا فيما بين المتعاقدين وأن للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر، وذلك سواء أكانت ورقة الضد ثابتة التاريخ أم كانت غير ثابتة ما دامت هى لم تسجل، فمتى كان العقد صريحاً أنه بيع لا رهن، فلا يجوز قانوناً التمسك قبل الشفيع، وهو من طبقة الغير بالنسبة إلى ذلك العقد، أنه رهن لا بيع، بناء على إقرار من البائع بذلك يقول إنه صار ثابت التاريخ بوفاة بعض الشهود الموقعين عليه (نقض ١٩٤٤/١٢/٢٣ مجموعة عمر٤ ص٤٥٢).

فللدائن البائع الصورى أن يثبت بكل الطرق أن البيع الظاهر لا وجود له فى الحقيقة، حتى لا يخرج المبيع من ضمانه العام، ويمكنه التنفيذ عليه بوصفه مازال فى ملك مدينه[1]. وللدائن أن يتمسك بأن البيع هو فى حقيقته هبة، حتى يسهل عليه الطعن فيه بالدعوى البوليصية.

وللخلف الخاص، بإعتباره من الغير، كالمشترى الثانى مثلاً، أن يطعن بصورية التصرف الصادر من سلفه للمشترى الأول، حتى لا يسرى هذا التصرف فى مواجهته، ويخلص له الحق موضوع التصرف. والجدير بالذكر أن تسجيل التصرف لا يمنع من الطعن فيه بالصورية[2]. فالقانون لا يمنع المشترى الذى لم يسجل عقده من أن يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر الذى سجل، ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجود لكى يحكم له هو بصحة عقده، ولكى يسجل هذا الحكم فتتنقل إليه ملكية العين المبيعة.

**(جـ) للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية :**

ويجوز للغير أيضاً، متى كانت له مصلحة فى ذلك[3]، أن

---

(١) فإذا حكم بصورية بيع سقط دين الثمن فى علاقة الدائن الصورى بسائر الدائنين المحكوم لهم بالصورية، وإمتنعت مزاحمة هذا الدائن لهم فى تقاضى دينه الصورى من ملك المدين المبطل التصرف فيه، إلى أن يستوفوا هم دينهم منه ومن غلته بطريق الأولوية (نقض ١٩٣٤/٣/٢٢ مجموعة عمر١ ص٣٤٤).

(٢) متى كان الحكم المطعون فيه قد إنتهى إلى أن التصرف لم يكن منجزاً وأنه يخفى وصية فلا يكون لتسجيل العقد حال حياة البائع أى أثر فى تصحيح التصرف أو نقل الملكية لأن التسجيل لا يصحح عقداً باطلاً كما أنه لا يحول دون الطعن فى العقد بأنه يخفى وصية. (نقض ١٩٦٤/١٢/٩ س١٥ ص٤٣).

(٣) نقض ١٩٥١/٤/٥ س٢ ص٧٣٤ .

يتمسك بالعقد الظاهر بشرط أن يكون حسن النية، أى لا يعلم بالتصرف المستتر، أما إذا كان الغير على علم بالتصرف الحقيقى[١]، فإنه يسرى فى حقه شأنه فى ذلك شأن المتعاقدين.

والحكمة من ذلك هى الرغبة فى حماية الغير حسن النية ضماناً لإستقرار التعامل، حيث ترتب على وجود التصرف الصورى مظهر كاذب إطمأن إليه الغير وإعتمد عليه فى تعامله.

ويقصد بحسن النية هنا الجهل بحقيقة الواقع، أى الجهل بأن العقد الظاهر هو فى الحقيقة عقد صورى. والمفروض أن الغير حسن النية لا يعلم بالعقد المستتر، وعلى من يدعى عكس ذلك أن يثبت ما يدعيه. ولاشك أنه لا يقبل من الغير الإحتجاج بجهله بالعقد الحقيقى، إذا كان هذا العقد قد تم شهره[٢]. والعبرة فى تقدير حسن النية تكون بالوقت الذى يبنى فيه الغير تعامله على أساس العقد الظاهر.

فمثلاً من مصلحة دائن المشترى الصورى أن يتمسك بالعقد الظاهر حتى يدخل المبيع فى ضمانه العام ويمكنه التنفيذ عليه. ويستطيع المشترى من المشترى الصورى أن يتمسك بالعقد الظاهر حتى تنتقل إليه الملكية، ويجوز للشفيع أن يودع الثمن المسمى فى العقد خزانة المحكمة، وليس للبائع أو المشترى أن يحتج عليه بأن هذا الثمن صورى ويقل كثيراً عن الثمن الحقيقى[٣]. وللشفيع أيضاً أن يشترى

---

(١) ويصح أن يواجه الغير بالعقد المستتر متى ثبت علمه به، حتى لو كان هذا العقد غير مسجل (نقض ١٩٤٩/١٢/١ س١ ص٤٨).

(٢) نقض ١٩٥٢/١٥/١٥ س٣ ص١٠٦٣ .

(٣) إن الشفيع، بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة، يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة، ومن ثم لا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر. وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذا قضى للمطعون عليها الأولى بالشفعة مقابل الثمن =

العقار بالشفعة إذا كان العقد الظاهر بيعاً، ولا يمكن التمسك فى مواجهته بأن البيع يستر فى الحقيقة هبة. إلا أنه يشترط فى كل ما سبق أن يكون من يتمسك بالعقد الظاهر حسن النية لا يعلم بحقيقة التصرف.

**(د) تعارض مصالح الغير :**

يمكن أن تتعارض مصالح الغير، فيتمسك بعضهم بالعقد الظاهر، ويتمسك آخرون بالعقد المستتر، وذلك وفقاً لمصلحة كل منهم. من المقرر فى هذه الحالة أن الأولوية تكون لمن يتمسك بالعقد الظاهر وذلك حماية لإستقرار التعامل.

ففى البيع الصورى مثلاً، يكون من مصلحة دائنى البائع التمسك بالعقد الحقيقى وإثبات صورية البيع حتى يظل الشئ المبيع فى ذمة مدينهم (البائع) ويمكنهم التنفيذ عليه. ومن مصلحة دائنى المشترى التمسك بالعقد الظاهر حتى يدخل الشئ المبيع ذمة مدينهم ويتمكنوا من التنفيذ عليه. هنا تكون الأفضلية للعقد الصورى أى لدائنى المشترى.

وتبرر المذكرة الإيضاحية ذلك بقولها «ويناط الحكم عند تنازع ذوى المصالح المتعارضة على هذا الوجه بفكرة استقرار المعاملات. فإذا

---

= الوارد بالعقد المسجل الصادر من الشركة البائعة إلى الطاعنين- ويقول الطاعنون أن بيوعاً متعاقبة توسطت بينهم وبين الشركة بأثمان أعلى ولكن لما كانت هذه البيوع عقوداً عرضية لم تسجل فقد آثروا أن يصدر البيع رأساً من الشركة إليهم بثمن صورى هو الثمن الذى تقاضته الشركة فى الحال- فقد نفى بأدلة مسوغة علم المطعون عليها الأولى بأن الثمن الحقيقى يختلف عن الثمن الوارد بالعقد، فإن النعى عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض ١٩٥٣/١/٢٩ س٤ ص٤٤١).

تمسك دائن البائع فى العقد الظاهر بورقة الضد، وتمسك دائن المشترى بهذا العقد، كانت الأفضلية للأخير لإعتبارات تتعلق بتأمين ذلك الاستقرار »[١].

## المبحث الرابع

## الحق في الحبس

### (أ) التعريف بحق الحبس :

إن الحق فى الحبس هو وسيلة لحمل المدين على تنفيذ إلتزامه، فهو بمثابة ضمان خاص أعطاه القانون لكل دائن يكون مديناً فى الوقت ذاته لمدينه. فحق الحبس يفترض أن هناك شخصين، أحدهما يحوز شيئاً عليه أداؤه للآخر، وله فى نفس الوقت حق قبله مرتبط بإلتزامه هذا، فيكون له أن يمتنع عن تنفيذ إلتزامه بتسليم الشئ الذى التزم بأدائه حتى يقوم الطرف الآخر بالوفاء بما عليه من إلتزام يتعلق بهذا الشئ[٢].

فالحبس يفترض أن الدائن مدين فى نفس الوقت بتسليم شئ تحت يده، وهو يمتنع عن تنفيذ ما عليه من أداء إلى أن يوفى له الآخر حقه. مثال ذلك أن يحبس البائع الشئ المبيع حتى يستوفى الثمن وأن يحبس المودع لديه الوديعة حتى يتقاضى أجره وما أنفقه فى حفظها.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ٢ ص٦٤٦ .

(٢) تنص المادة ١/٢٤٦ مدنى على أن «لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بإلتزام مترتب عليه بسبب إلتزام المدين ومرتبط به، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كافى للوفاء بإلتزامه هذا ».

ويستند الحق فى الحبس إلى إعتبارات العدالة وحسن النية التى يجب أن تسود المعاملات، حيث يقتضى العدل والمنطق القانونى بأن يقوم الشخص بأداء ما عليه لآخر قبل أن يطالبه بإستيفاء ماله قبله.

**(ب) نطاق حق الحبس وطبيعته:**

إعتبر التقنين المدنى السابق حق الحبس حقاً عينياً، وأورده ضمن الحقوق العينية التبعية، شأنه فى ذلك شأن الرهن والإمتياز والإختصاص، فقد كان ينظر إلى صاحب الحق فى الحبس على أنه دائن غير عادي، ويندرج تحت طائفة الدائنين ذوى الحقوق العينية. وترتب على ذلك أن حالاته، شأنه فى ذلك شأن سائر الحقوق العينية، كانت محددة على سبيل الحصر[1].

«هجر التقنين المدين الجديد نظرية التقنين المدنى السابق فى أن الحق فى الحبس حق عينى، وقد جارى التقنين الجديد بهذا النهج التطور الحديث فى الفقه والتشريع، وجعل من الحق فى الحبس نظرية عامة تنبسط على جميع نواحي القانون ولا تنحصر فى حالات معينة تتناثر فى النصوص المتفرقة. ذلك أن الحق فى الحبس يقوم فى أساسه على مبدأ عام، هو أن الدائن إذا كان مديناً فى الوقت ذاته لمدينه فمن حقه بقدر الإمكان أن يستوفى الدين الذى له من الدين الذى عليه. وهذا المبدأ يقوم على إعتبارات تمليها بداهة المنطق ومقتضيات العدالة، وتمتد

---

(١) انظر المواد ١٩/٥ ، ٦٧٨/٥٥٤، ٦٠٥/٧٣١ مدنى.

جذورها إلى أعماق التاريخ فقد كان القانون الرومانى يعالج الحالات التى تتجمع حول هذا المبدأ بعلاج واحد هو الدفع بالغش».

«لذلك جعل المشرع من الحق فى الحبس مبدأ عاماً: للدائن، الذى يكون، فى ذات الوقت، مديناً بأداء معين لمدينه، أن يحبس ما عليه أداءه حتى يستوفى الحق الذى له، ويمتد، من ثم، فى تطبيقاته، إلى حالات غير متناهية، لأنه دفع، وليس بحق، ولم يعد وجوده، فى هذا التصوير، مرتبطاً بالضرورة بشئ معين يحوزه الدائن ويملكه المدين، بل يقوم للدائن- متى توافر ارتباط بين الحق الذى له والأداء الذى عليه- ولو كان إلتزامه ليس محله تسليم عين يملكها المدين، بل محله أداء أياً كان نوعه».

«فقد صور المشرع حق الحبس تصويراً يكشف عن حقيقته، فجعل منه مجرد دفع من الدفوع، لا يختلط بالحقوق العينية ولا يشاركها فى مقوماتها، ثم أنه استعاض عن بيان أحوال الحبس على سبيل الحصر بإيراد قاعدة عامة لها من السعة ما يؤهلها لأن تتناول جميع التطبيقات التى يملى العقل فيها وجوب تخويل هذا الحق، فتحاشى بذلك ما ينطوى فى ذلك البيان من إسراف فى الحرج والتضييق».

**خطة البحث :**

نبحث الحق فى الحبس، وفقاً للخطة التى سار عليها المشرع، على النحو التالى:

- نشوء الحق فى الحبس.
- الآثار التى تترتب عليه.
- انقضاء الحق فى الحبس.

## المطلب الأول

## نشوء الحق فى الحبس

يتوقف وجود الحق فى الحبس على توافر عدة شروط، لعل أهمها الإرتباط بين إلتزام الحابس بالرد وبين الحق المطلوب ونعرض لتلك الشروط، ثم نبين مفهوم الارتباط في الحق في الحبس.

### الفرع الأول

### شروط الحق في الحبس

يشترط لنشوء الحق فى الحبس توافر شروط ثلاثة: أولاً: وجود إلتزام على الحابس بأداء شئ. ثانياً: أن يكون للحابس حق مستحق الأداء. ثالثاً: وجود إرتباط بين حق الحابس وبين إلتزامه بأداء شئ(١).

**أولاً: وجود إلتزام على الحابس بأداء شئ:**

يلتزم الدائن بأداء شئ معين، وهو المحل الذى يرد عليه الحبس، إلا أنه يمتنع عن تسليمه حتى يستوفى حقه، هذا الشئ يكون فى العادة عيناً معينة تقع فى حوزة الحابس ويلتزم بتسليمها للمدين.

والأصل أن جميع الأشياء- أياً كانت طبيعتها- يمكن أن تكون

---

(١) تنص المادة ٢٤٦ مدنى على ما يأتى:

١- «لكل من إلتزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بإلتزام مترتب عليه بسبب إلتزام المدين ومرتبط به، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بإلتزامه هذا.

٢- ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ أو محرزه إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشئ حتى يستوفى ما هو مستحق له. إلا أن يكون الإلتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع».

محلاً للحق فى الحبس، فالشئ المحبوس قد يكون عقاراً أو منقولاً، معيناً بذاته أو معيناً بنوعه[1]، وقد يكون مثلياً أو قيمياً، وقد يكون شيئاً مادياً أو غير مادى، بل يمكن أن يتمثل محل الحبس فى عمل أو إمتناع عن عمل[2]، كالمقاول الذى يمتنع عن إتمام عمله حتى يستوفى ما تم الاتفاق عليه من أجرة معجلة، فالشئ المحبوس لا يقصد به الشئ المادى فحسب، بل يتسع ليشمل كافة الإلتزامات أياً كان مضمونها.

إلا أنه يرد على هذا الأصل بعض الإستثناءات، تتعلق بالأشياء المملوكة ملكية عامة، حيث لا يجوز حبسها حتى لا تتعطل عن المنفعة العامة المخصصة لها. وكذلك الحال بالنسبة للأشياء التى لا يجوز الحجز عليها، فليس لرب العمل أن يحبس أجر العامل إلا فى حدود القدر الجائز الحجز عليه، حتى يوفى العامل بإلتزامه نحوه[3]. وقد يحرم القانون الحبس فى بعض الأحوال، كما حرم القانون على المحامى أن يحبس عن موكله ما عهد به إليه من مستندات وأوراق نظير باقى أتعابه.

ولا يشترط أن يكون الشئ المحبوس مملوكاً للمدين، بل يمكن أن يكون مملوكاً للدائن الحابس نفسه وعليه إلتزام بأدائه للمدين، فالمؤجر مثلاً له أن يحبس العين المؤجرة عن المستأجر حتى يستوفى الأجرة. وقد يكون الشئ غير مملوك للحابس، بل يكون حائزاً له حيازة قانونية أو عرضية. وينطبق ذلك على كل من المستأجر والمودع لديه والمستعير، حيث يجوز لكل منهم حبس الشئ الموجود فى حيازته عن مالكه حتى

---

(١) كما لو إشترى شخص شيئاً فيمتنع عن دفع الثمن حتى يقوم البائع بتسليمه الشئ المبيع.

(٢) مثال ذلك التاجر الذى يمتنع عن المنافسة نظير مقابل معين: فيحق له ألا ينفذ إلتزامه طالما لم يستوف المقابل المتفق عليه.

(٣) انظر مؤلفنا في قانون العمل، ٢٠٠١.

يسترد ما أنفقه من مصروفات على الشئ مما يجوز له قانوناً إستردادها من المالك.

ولا يهم مصدر الدين محل الحبس، سواء أكان العقد[1] أو الفعل النافع أو نص القانون[2]، إلا أنه لا يجوز أن يكون الإلتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع كالسرقة أو الغصب، وذلك كمن يسرق منقولاً أو يغتصب عقاراً، فإنه لا يجوز له أن يحبسه حتى يستوفى ما أنفق[3]. بل يجب عليه أن يرد العين إلى مالكها، ثم يطالب بعد ذلك بما أنفق عليها.

**ثانياً: وجود حق للحابس مستحق الأداء :**

إن الغرض من الحق في الحبس هو حمل المدين على تنفيذ إلتزامه قبل الحابس، لذلك وجب أن يكون هذا الإلتزام الآخر (الحق المقرر للحابس) مدنيًا ومحقق الوجود ومستحق الأداء.

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للدائن أن يحبس الشئ إذا كان حقه قبل المدين هو مجرد دين طبيعي لأن مثل هذا الدين لا جبر على المدين

---

(١) كالإلتزام المستأجر برد العين المؤجرة إلى صاحبها عند نهاية الإيجار، حيث يحق له حبس العين حتى يسترد ما أنفق عليها.

(٢) مثال ذلك إلتزام الباني على أرض الغير بسوء نية بإزالة المنشآت على نفقته مع تعويض المالك إن كان له وجه، هنا يستطيع مالك الأرض أن يحبس المنشآت المزالة حتى يستوفى من صحابها التعويض. م٩٢٤ مدنى.

(٣) حيث تنص المادة ٢٤٦ مدنى على أنه لحائز الشئ أو محرزه، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشئ حتى يستوفى ما هو مستحق له، إلا أن يكون الإلتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع.

فى أدائه، أو إذا كان حق الدائن متنازعاً فيه منازعة جدية[1]، أو كان غير حال. فلا يجوز استعمال الحبس بهدف الحصول على حق معلق على شرط واقف أو مضافاً إلى أجل واقف.

إلا أن الأجل الذى يمنحه القاضى للمدين (نظرة الميسرة) لا يحول دون إستعمال الدائن الحق فى الحبس، ونفس الحكم بالنسبة للأجل الذى يتبرع به الدائن لمدينه، ما لم يثبت المدين أن الدائن، عندما منحه أجلاً جديداً، قد تنازل عن حقه فى الحبس. هذا وقد يفترض المشرع هذا التنازل، كما فى حالة ما إذا منح البائع المشترى أجلاً بعد البيع لدفع الثمن[2].

ولا يجوز الإلتجاء إلى الحق فى الحبس إذا كان يستخلص من طبيعة العقد أو من العرف أن إلتزام الحابس واجب الأداء قبل تنفيذ الإلتزام المقابل. فيمتنع الحق فى الحبس على من يجب عليه تنفيذ إلتزامه أولاً، كما لو إلتزم المشترى بدفع الثمن قبل تسلم المبيع، أو إلتزام المستأجر بدفع الأجرة قبل تسلم العين المؤجرة، هنا يمتنع على كل من المشترى أو المستأجر أن يحبس الثمن أو الأجرة لإجبار البائع أو

---

(١) «فلا يجوز للمستأجر مثلاً أن يحبس الأجرة مدعياً أنه يستحق تعويضاً قبل المؤجر عن نقص فى الإنتفاع بالعين المؤجرة إذا كان إستحقاق هذا التعويض محلاً لدعوى لم يفصل فيها القضاء بعد». ولا يجوز للمودع لديه أن يحبس الوديعة حتى يستوفى من المودع تعويضاً يدعى أنه يستحقه، طالما لم يفصل فى دعوى التعويض بعد.

ولا يشترط فى حق الحابس أن يكون مقدراً، إلا أنه يجب تقدير هذا الحق فى خلال أجل معقول يحدده القاضى، أو أن يقوم القاضى بهذا التقدير مؤقتاً حتى لا يطول أمد الحبس.

(٢) إذ تنص المادة ١/٤٥٩ مدنى على أنه «إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع فى الحال فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له، ولو قدم المشترى رهناً أو كفالة، هذا ما لم يمنح البائع المشتر أجلاً بعد البيع».

المؤجر على تسليم العين، وإذا كان إلتزام كل من الطرفين واجب الأداء أولاً، فإنه لا يجوز لأيهما أن يلجأ إلى الحق فى الحبس[١].

«ويجب أن يكون حق الحابس تالياً فى الوجود أو معاصراً لحيازة الشئ المحبوس، فلا يجوز أن يكون سابقاً على الحيازة، لأن فكرة الضمان التى يقوم عليها الحق فى الحبس، لا تتعلق بنية الطرفين بل تتوقف فقط على سبق قيام الحيازة كواقعة مادية، فمثلاً إذا تسلم صانع بموجب عقود متتالية أشياء لصنعها، فلا يجوز له أن يحبس الأشياء التى تسلمها بموجب عقد لاحق لضمان استيفاء ما هو مستحق له بموجب عقد سابق، لإنعدام الإرتباط بين الإلتزامين فى هذه الحالة».

وأخيراً فإنه لا يشترط وجود تناسب بين قيمة الشئ المحبوس وبين قيمة حق الحابس، بل يمكن حبس الشئ ولو تجاوزت قيمته بكثير مقدار حق الحابس. ويظل الحق فى الحبس قائماً حتى إستيفاء الحق بالكامل. ويجوز الحبس، بالتالى، حتى لو نفذ المدين إلتزامه تنفيذاً جزئياً[٢] أو معيباً. إلا أنه «لا يجوز التعسف فى هذا الصدد، حيث

(١) يشترط لإستعمال الدفع بعدم التنفيذ تطبيقاً للمادة١٦١ أن يكون الإلتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه مستحق الوفاء أى واجب التنفيذ حالاً، فإذا كان العقد يوجب على أحد العاقدين أن يبدأ بتنفيذ إلتزامه قبل المتعاقد الآخر فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولاً أن ينتفع بهذا الدفع (نقض ١٩٦٩/٦/٣ س٢٠ ص١١١٨).

(٢) متى كان الواقع فى الدعوى هو أن المطعون عليه تعاقد مع الطاعنة على إستغلال «فيلم» فى الخارج لقاء مبلغ معين -٧٥٠٠- يدفعه المطعون عليه، دفع منه وقت العقد جزءاً- ١٠٠٠ جنيه- وتعهد بدفع جزء آخر ٣٠٠٠ جنيه- فى مدى شهر من التوقيع على العقد، بحيث إذا تأخر عن دفع هذا الجزء فى ميعاده يصبح المبلغ الذى دفع أولاً للطاعنة بصفة تعويض ويعتبر العقد لاغياً، وباقى المبلغ يدفع عند تسليم الفيلم فى الخارج، وتعهدت الطاعنة بأنه يتم إيصال الفيلم إلى الخارج فى خلال أربعة شهور من تاريخ التعاقد- أى بعد وفاء المطعون عليه بإلتزامه- وكان الثابت من أوراق الدعوى =

يسقط الحق فى الحبس إذا كان الجزء الباقى بغير تنفيذ تافهاً أو كان العيب فى التنفيذ يسيراً، والقضاء رقيب على كل ذلك[1].

## ثالثاً: الارتباط بين حق الحابس وإلتزامه بأداء شئ:

لا يكفى لقيام الحق فى الحبس وجود إلتزامين متقابلين، بل يلزم بالإضافة إلى ذلك، أن يقوم ارتباط بين هذين الإلتزامين. أى أنه يلزم توافر الإرتباط بين حق الحابس وبين إلتزامه بتسليم الشئ الذى يحبسه. وهذا الإرتباط هو الذى يبرر حبس الشئ عن المدين، كوسيلة لجبره على الوفاء بما يلتزم به.

والإرتباط يعنى قيام رابطة بين الإلتزامين، ولا يشترط أن توجد علاقة سببية بينهما، أى أنه لا يلزم أن يكون الإلتزام المحبوس قد ترتب

---

= أن المطعون عليه لم يف بما تعهد به إذ لم يدفع سوى ٢٠٠٠ جنيه بعد الميعاد المتفق عليه، فإنه يكون للطاعنة- رغماً عن قبولها الوفاء الجزئى على غير الوجه المتفق عليه- أن تحبس إلتزامها بالتسليم حتى يقوم المطعون عليه بالوفاء الكامل، إذ ليس من شأن قبول الطاعنة للمبلغ الذى دفعه المطعون عليه بعد الميعاد المتفق عليه ما يسقط حقها فى الحبس. بل كل ما عسى أن يكون له من شأن أنه- إذا أكمل المطعون عليه المبلغ إلى ٣٠٠٠ جنيه- يصلح دفعاً لدعوى الطاعنة إذا هى رفعتها طالبة الفسخ لعدم وفاء الطاعن بما تعهد به على الوجه المتفق عليه. أما حقها هى فى حبس إلتزامها بالتسليم، فلا يسقطه قبولها وفاء بعض المتعهد به بعد الميعاد المتفق عليه (نقض مدنى, ١٤ يونيه سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض٢ رقم ١٥٥ ص١٠٠٠).

(٢) لا يكفى للمتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يكون العقد ملزماً للجانبين وأن يكون الإلتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه واجب التنفيذ حالاً، بل يجب إلى جانب ذلك ألا يساء إستعمال هذا الدفع. فلا يباح للعاقد أن يتمسك به ليمتنع عن تنفيذ إلتزامه إذا كان ما لم ينفذ من الإلتزام المقابل ضئيلاً لدرجة لا تبرر إتخاذ هذا الموقف الذى لا يكون متفقاً مع ما يجب توافره من حسن النية وإنما يكفيه فى هذه الحالة إنقاص إلتزامه فى الحدود العادلة التى تتناسب مع ما لم ينفذ من الإلتزام المقابل (نقض ١٩٦٦/٥/١٠ س١٧ ص١٠٤٠).

بسبب الالتزام المحبوس من أجله، لأن ذلك يتحقق فقط فى حالة ما إذا كان الإلتزامان ناشئين عن عقد ملزم للجانبين، فى حين أن الحق فى الحبس أوسع نطاقاً من ذلك، حيث لا يقتصر على دائرة العقود الملزمة للجانبين، بل هو لا يقتصر على دائرة العقود إطلاقاً.

أما إذا اقتصرنا على نطاق العقود الملزمة للجانبين، حيث يستطيع كل متعاقد أن يحبس ما يلتزم بأدائه حتى يفى المتعاقد الآخر بإلتزامه، بإعتبار توافر الإرتباط بين الإلتزامين، أى أن كل منهما يكون سبباً للآخر، على نحو لا يحتاج إلى بيان، فهذا هو الدفع بعدم التنفيذ، وهو فى جملته ليس إلا تطبيقاً خاصاً من تطبيقات الحق فى الحبس.

فالدفع بعدم التنفيذ قاصر على العقود التبادلية، أما الحق فى الحبس فيتسع ليشمل كافة صور الارتباط بين الإلتزامات، ذلك أن الحق فى الحبس امتناع مشروع عن الوفاء بالإلتزام لحمل طرف آخر على الوفاء بالتزام على عاتقه، ولو كانت الإلتزامات غير ناشئة فى نطاق العقد.

الجوهرى فى نطاق الحبس إذن هو وجوب توافر الإرتباط بين دينين، ولا يقتصر الأمر على حالة ما إذا كان الدائن يحبس شيئاً نتيجة للعقد الذى نشأ منه الدين (ويتحقق ذلك فى العقود التبادلية)، ولا يمتد ليشمل كل الحالات التى يحجز فيها الدائن شيئاً لمدينه، بل ينحصر نطاقه فى الحالات التى يوجد فيها تلازم وارتباط بين التزام الحابس بالرد وبين الحق المطلوب، كما يتضح مما يلي.

## الفرع الثاني

## مفهوم الإرتباط في الحق في الحبس

الإرتباط نوعان: ارتباط قانونى أو معنوى، وإرتباط مادى أو موضوعى.

### (أ) الإرتباط القانونى أو المعنوى:

يوجد الإرتباط القانونى أو المعنوى حيث توجد علاقة قانونية بين التزام الحابس وحقه، بمعنى أن كلا الإلتزامين ناشئان عن عقد واحد أو علاقة قانونية واحدة.

١- هذه العلاقة التبادلية قد يكون مصدرها العقد الملزم للجانبين، حيث يكون لكل من طرفى العقد الإمتناع عن تنفيذ إلتزامه حتى يقوم الطرف الآخر بوفاء ما تعهد به، وهذا هو أعلى درجات الإرتباط، ذلك أن كل إلتزام هو سبب للإلتزام المقابل. ويتخذ الحق فى الحبس عندئذ صورة الدفع بعدم التنفيذ. مثال ذلك أن يحبس المشترى الثمن حتى ينفذ البائع إلتزامه بتسليم المبيع، أو حبس البائع للمبيع لجبر المشترى على الوفاء بالثمن. وللمؤجر أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفى الأجرة التى إشترط دفعها مقدماً، وللمقاول أن يحبس المنشآت بعد إتمامها إلى أن يستوفى ما هو مستحق له بمقتضى عقد المقاولة، ولرب العمل حق حبس الأجرة إلى حين إتمام الأعمال.

٢- وقد توجد العلاقة التبادلية نتيجة لإنحلال الرابطة التعاقدية بالفسخ أو بالبطلان، إذا يترتب على إنحلال العقد التزام كل من المتعاقدين برد ما تسلمه، ولكل من الطرفين، عندئذ، أن يحبس ما أخذه كوسيلة لجبر الآخر على رد ما يلتزم به.

٣- وقد توجد العلاقة التبادلية بمناسبة عقد ملزم لجانب واحد، ومثاله حق المودع لديه فى حبس الوديعة حتى يستوفى ما أنفق من مصروفات فى حفظها، أو يوفى له التعويض عن الضرر الذى لحقه بسببها[1]. وكما فى الوكالة بغير أجر، حيث لا تلزم سوى الوكيل، إذا أنفق الوكيل من ماله شيئاً لحساب الموكل، يكون له أن يرجع عليه بما أنفق، وله أن يحبس ما فى يده من أشياء للموكل إلى أن يستوفى ما أنفق فى تنفيذ الوكالة[2].

٤- وقد توجد العلاقة التبادلية أخيراً دون وجود علاقة تعاقدية بين الطرفين، كالإلتزامات المتبادلة بين الفضولى ورب العمل والتى مصدرها الفضالة، تجيز لكل منهما أن يمتنع عن تنفيذ إلتزاماته حتى يستوفى حقه. فالفضولى يلتزم برد ما إستولى عليه بسبب الفضالة، ويلتزم رب العمل، فى المقابل، بتعويض الفضولى عما أنفق. ومصدر

---

(١) مفاد نص المادة ٢٤٦ من القانون المدنى أن المشرع لا يكتفى فى تقرير حق الحبس بوجود دينين متقابلين، وإنما يشترط أيضاً قيام إرتباط بينهما. وفى الوديعة لا يكون للمودع لديه أن يحبس الشئ المودع إلا مقابل إستيفائه المصروفات الضرورية أو النافعة التى يكون قد أنفقها على ذات الشئ أما المصروفات التى لا تنفق على ذات الشئ المودع فإن إلتزام المودع بها لا يكون مرتبطاً بإلتزام المودع لديه برد الوديعة وبالتالى لا يسوغ للمودع لديه أن يمتنع عن رد الوديعة عند طلبها بحجة إقتضاء مثل هذه المصروفات. ولذلك قُضى بأنه لا يحق لمن أودعت عنده سيارة أن يحبسها إستيفاء لأجرة السائق التى قام بدفعها بتكليف من المودع (نقض ١٩٦٣/٦/٢٧ س٢٤ ص٩٥٦).

(٢) وينبغى ملاحظة أن مصدر إلتزام المودع بتعويض المودع لديه عما لحقه من خسارة بسبب الوديعة هو العمل غير المشروع، ومصدر إلتزامه بدفع المصروفات هو الإثراء بلا سبب، أما إلتزام المودع لديه بالرد فمصدره العقد. وكذلك الحال بالنسبة للوكالة، حيث ينتج إلتزام الوكيل بالرد عن عقد الوكالة، أما إلتزام الموكل بدفع ما أنفقه الوكيل فى تنفيذ الوكالة فمصدره الإثراء بلا سبب.

انظر مؤلفنا في مبادئ القانون، ٢٠٠٥.

إلتزام الفضولى هو القانون، بينما مصدر إلتزام صاحب العمل فهو الإثراء بلا سبب.

### (ب) الإرتباط المادى أو الموضوعى :

ينشأ الإرتباط الموضوعى عن واقعة مادية، وليست علاقة تبادلية، هى أن حق الحابس، قد نشأ بمناسبة الشئ المحبوس ذاته أو بسببه، أى أن هناك إرتباط مادى بين حق الحابس وإلتزامه بالرد. فالحائز يلتزم برد الشئ الذى فى حيازته إلى المالك، ولكن الحائز، إذا أنفق على هذا الشئ مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رده حتى يستوفى ما هو مستحق له. فالحائز إما أن يكون قد أنفق على الشئ مصروفات يحق له إستردادها، وإما أن يكون قد أصابه ضرر يستحق عنه التعويض، فإذا فر حيوان من حارسه إلى ملك الجار فسبب فيه ضرراً كان للجار الحق فى حبسه.

ومن أمثلة الإرتباط المادى، حالة من يشترى بحسن نية منقولاً مسروقاً أو ضائعاً من سوق أو ممن يتجر فى مثله أو من مزاد علنى، يلتزم المشترى برد هذا المنقول إلى مالكه إذا طلب إسترداده خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع، وعلى المالك أن يؤدى له الثمن الذى دفعه، فيكون للحائز (المشترى) أن يحبس المنقول عن مالكه حتى يستوفى الثمن[١].

فحق الحابس يرتبط مادياً أو موضوعياً بالشئ المطلوب رده، وتنشأ العلاقة بين الحابس وصاحب الحق فى إسترداد الشئ المحبوس بمناسبة هذا الشئ ونتيجة لحيازته، وهذه واقعة مادية، دون أن توجد أى رابطة أخرى بينهما.

---

(١) م٩٧٧ مدنى. Catala, droit de retention. Jc p 76. 2760

**(جـ) أهمية التميز بين نوعى الإرتباط:**

تبدو أهمية التمييز بين الإرتباط القانونى والإرتباط المادى من ناحيتين:

١- بالنسبة للإرتباط المادى المستند إلى إسترداد المصروفات يستطيع الحابس أن يحتج بحقه فى حبس العين الموجودة فى حيازته فى مواجهة الكافة، بما فى ذلك الغير الذى ثبت حقه قبل إنفاق المصروفات، لأن هذه المصروفات قد عادت بالفائدة على العين المحبوسة ذاتها.

أما فى غير ذلك من حالات الحبس، أى فى الإرتباط المادى القائم على التعويض المستحق عن ضرر ناجم عن العين المحبوسة، والارتباط القانونى أياً كانت صورته، فالإحتجاج بالحق فى الحبس على الغير يثير خلافاً سنعرض له بمناسبة آثار الحبس.

٢- يختلف محل الحق فى الحبس بحسب نوع الإرتباط، ففى الإرتباط المادى يقتصر الحبس على الشئ ذاته الذى أُنفقت عليه المصروفات أو ترتب عليه الضرر، أما فى الإرتباط القانونى فيشمل الحبس جميع الإلتزامات التى على الحابس أدائها مادامت مرتبطة بإلتزامات المدين إرتباطاً تبادلياً، ولو تمثل حق الحابس فى صورة مصروفات أُنفقت على بعض هذه الأشياء دون البعض الآخر.

مثال ذلك فى عقد المقاولة، حيث يجوز للمقاول أن يحبس الشئ الذى يستحق عنه أجراً وكذلك غيره من الأشياء التى يكون رب العمل قد سلمها إليه لإجراء العمل، وذلك إلى أن يستوفى أجره.

**(د) جواز إجتماع نوعى الإرتباط :**

يمكن أن يتحقق الإرتباط القانونى والمادى معاً فى بعض الأحوال،

كما فى حالة الوديعة، حيث يحق للمودع لديه أن يحبس العين حتى يستوفى ما أنفق عليها من مصروفات، أو يُعوض عما لحقه من خسارة بسببها. توجد علاقة تبادلية بين إلتزام المودع لديه بالرد وإلتزام المودع بالتعويض أو بالمصروفات، مما يؤدى إلى القول بوجود إرتباط قانونى بينهما، إلا أنه، فى نفس الوقت، يوجد إرتباط مادى لأن حق الحابس (المودع لديه) ينشأ بمناسبة الشئ المحبوس نفسه.

ويجوز للحابس أن يستند إلى أى من نوعى الإرتباط وفقاً لمصلحته، فيكون للمودع لديه أن يستند إلى الإرتباط المادى لكى يحتج بحقه فى حبس الوديعة، حتى يستوفى المصروفات التى أنفقها عليها فى مواجهة الكافة، بما فى ذلك الغير الذى ثبت حقه على الوديعة قبل إنفاق تلك المصروفات. ويجوز له كذلك الإستناد إلى الإرتباط القانونى إذا أراد أن يحبس كل ما لديه للمودع ولو كان حقه مرتبطاً ببعضها فقط، كما لو كان قد أنفق المصروفات على البعض منها فحسب.

**(هـ) لا يقوم الحق فى الحبس إذا لم يوجد إرتباط:**

لا يثبت الحق فى الحبس إذا لم يوجد إرتباط قانونى أو إرتباط مادى بين الدينين، فلا يجوز للدائن إستعمال هذا الحق إذا لم يكن ثمة إرتباط بين حق الحابس وإلتزامه بأداء شئ.

فقد ينشأ على عاتق شخصين إلتزامان متبادلان، بحيث يصبح كل منهما دائناً للآخر ومديناً له فى نفس الوقت، إلا أنه لا يوجد إرتباط بين الإلتزامين، كما لو نشأ هذان الإلتزامان من عقدين مختلفين دون أن يكون بينهما إرتباط مادى معين، فى هذه الحالة لا يجوز إستعمال الحق فى الحبس بل يمكن إجراء المقاصة بين الدينين إذا توافرت شروطها.

ولكن ذلك الحكم لا يتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجوز الإتفاق بين الأطراف على ما يخالفه، فقد يتفق الطرفان على إرتباط الإلتزامات المتقابلة فيما بينهما، حيث ترتبط إلتزامات كل منهما بالتزامات الآخر. ويجوز لأى منهما أن يحبس ما فى ذمته من إلتزامات للآخر حتى يستوفى ماله من حقوق عنده. ولكن مثل هذا الإتفاق يقتصر أثره على طرفيه، ولا يسرى فى حق الغير. وقد يقضى العرف التجارى بوجود الإرتباط بين الإلتزامات المتقابلة كما فى حالة الحساب الجارى حيث يخضع لمبدأ عدم التجزئة.

## المطلب الثانى

## آثار الحق فى الحبس (١)

يمكن إجمال آثار الحق فى الحبس فى أنه يكون للحابس حقوق معينة وعليه واجبات محددة. ويقتضى الأمر، بدايةً، بيان كيفية إستعمال الحق فى الحبس.

---

(١) تنص المادة ٢٤٧ مدنى على ما يلى:

١- «إن مجرد الحق فى حبس الشئ لا يثبت حق إمتياز عليه.

٢- وعلى الحابس أن يحافظ على الشئ وفقاً لأحكام رهن الحيازة، وعليه أن يقدم حساباً عن غلته.

٣- وإذا كان الشئ المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء فى بيعه وفقاً للأحكام المنصوص عليها فى المادة ١١١٩، وينتقل الحق فى الحبس من الشئ إلى ثمنه».

## الفرع الأول

## كيفية إستعمال الحق في الحبس

يستطيع الدائن أن يستعمل الحق فى الحبس إذا توافرت شروطه السابقة، ولا يلزم لذلك إعذار المدين، ولا الحصول على ترخيص من القضاء[1].

ويمكن للدائن أن يقف تنفيذ إلتزامه نحو مدينه دون حاجة إلى القيام بإجراءات العرض الحقيقى[2]. وإذا أراد الدائن الحصول على حكم بإلزام المدين بتنفيذ إلتزامه بدون شرط، فإنه يلتزم بأن يعرض على المدين تنفيذ إلتزامه عرضاً حقيقياً، وإذا ثار النزاع بينهما وعرض الأمر على القضاء، فغالباً ما يصدر الحكم على الدائن بتنفيذ إلتزامه بشرط أن ينفذ المدين إلتزامه نحوه. وإذا تعذر تحديد الإلتزام الواجب التنفيذ أولاً، حكم القاضى على كل من الطرفين بإيداع ما إلتزم به خزانة المحكمة أو عند شخص ثالث. ويمكن للقاضى، إذا تبين له تعنت المدين. أن يحكم عليه بالتنفيذ دون تعليق ذلك على شرط تنفيذ الدائن لإلتزامه.

---

(١) نقض ١٩/١/١٩٦٧ س١٨ ص١٤٣ .

(٢) إلتزام المشترى بدفع الثمن فى عقد البيع يقابله إلتزام البائع بنقل الملكية إلى المشترى، فإذا وجدت أسباب جدية يخشى معها ألا يقوم البائع بتنفيذ إلتزامه كأن يكون غير مالك للعقار المبيع، كان من حق المشتر أن يقف إلتزامه بدفع الثمن حتى يقوم البائع من جهته بتنفيذ إلتزامه، ولما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعن لم يسجل عقد مشتراه من المالكين الأصليين حتى يستطيع بدوره نقل ملكية العقار المبيع إلى المطعون ضده. بل ظل هذا العقار على ملك المالكين الأصليين مع قيام خطر التصرف فيه إلى الغير بعقد مسجل مما يتهدد المطعون ضده بنزعه من تحت يده، فإن الحكم المطعون فيه إذ إنتهى فى قضائه إلى أن من حق المطعون ضده حبس باقى الثمن حتى يقوم الطاعن بتسجيل عقد مشتراه من المالكين الأصليين، لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه. (نقض٢٥/١١/١٩٧٤ س٢٥ ص١٢٧٨).

ولا يجوز للدائن أن يتعسف في إستعمال حقه في الحبس. ويعتبر الدائن متعسفاً في إستعمال هذا الحق، ولا يجوز له بالتالي حبس الشئ الذي يلتزم بأدائه في الحالات الآتية:

١- إذا قام المدين بتنفيذ الجزء الأكبر من إلتزامه وكان الجزء الذي لم ينفذ يسيراً على نحو لا يبرر حبس الشئ كله. وكذلك الحال إذا كان التنفيذ مشوباً بعيب غير ذي خطر.

٢- إذا كان الدائن هو الذي تسبب بغشه أو إهماله في عدم تنفيذ المدين لإلتزامه نحو.

٣- إذا كان الدائن عليه واجب البدء في تنفيذ إلتزامه، إلا أنه قصر في ذلك، مما حمل المدين على عدم الوفاء بتعهده.

٤- إذا إستند الدائن لأسباب غير جدية لتبرير عدم الوفاء بإلتزامه، كما لو كان قد إشترى عقاراً وقام بحبس الثمن إستناداً إلى تعرض غير جدي، كمجرد إحتمال وجود حقوق عينية للغير على العقار المبيع.

٥- إذا حبس الدائن لمدينه دين خال من النزاع ومستحق الأداء حتى يستوفي منه حقاً متنازعاً فيه. وذلك كالمستأجر الذي يحبس الأجرة حتى يقوم المؤجر بإجراء بعض الترميمات التي ينازع في وجوبها عليه.

## الفرع الثاني

## حقوق الحابس

### (أ) الإمتناع عن تسليم العين:

يجوز للحابس أن يمتنع عن تسليم الشئ المحبوس إلى مالكه، أو إلى من له الحق في إسترداده، حتى يستوفي حقه. فلا يستطيع هذا أن يطالب الحابس برد العين حتى يقوم بوفاء ما في ذمته من دين له. فحق

الحبس لا يترتب عليه إنقضاء الإلتزام، بل هو إمتناع مؤقت عن تنفيذ الإلتزام إلى أن يحصل الحابس على حقه. فالحبس يقصد منه حمل المدين على الوفاء بإلتزامه. وهو دفع يدفع به الحابس طلب تسليم العين المحبوسة إلى أن يقتضى حقه. ويختلف الحبس فى ذلك عن المقاصة التى بها ينقضى الدينان بقدر الأقل منهما.

وللحابس أن يحتفظ بالعين المحبوسة فى يده حتى يستوفى حقه كاملاً من أصل وفوائد ومصروفات، فالحق فى الحبس لا يقبل التجزئة، فلو أن المدين وفىٌ جزءاً من الدين، فإن الحابس يستطيع الإحتفاظ بالعين حتى يستوفى حقه كاملاً، ولا يمكن إجباره على تسليم جزء من الشئ المحبوس. ولكن لا يجوز التعسف فى إستعمال هذا الحق كما لو كان الجزء الباقى من الدين يسيراً بحيث لا يبرر حبس الشئ كله.

ويسرى حق الحبس فى مواجهة مالك العين وخلفه العام، فالحابس يمكنه حبس العين عن مالكها وعن ورثته من بعده حتى يستوفى كل حقه. وينتقل الحق فى الحبس من الحابس إلى ورثته من بعده، حيث يمكنهم الإستمرار فى حبس الشئ إلى أن يستوفوا حقهم الذى إنتقل إليهم من مورثهم.

ويكون للمدين أن يجبر الحابس على تسليم العين المحبوسة إذا هو قام بالوفاء بما عليه من دين، أو إذا قام بأحد إجرائين:

١- تقديم تأمين كافى للوفاء بحق الحابس، سواء كان هذا التأمين شخصياً كالكفالة أو عينياً كالرهن. ويقدر القاضى مدى كفاية هذا التأمين لضمان حق الحابس.

٢- يقوم المدين بعرض الوفاء على الحابس عرضاً حقيقياً يقبله الأخير أو يُحكم نهائياً بصحته، لأن العرض الحقيقى يقوم مقام الوفاء

بالنسبة إلى المدين. وعلى ذلك لا يكفى أن يودع المدين المبلغ المستحق للحابس فى خزانة المحكمة.

وإذا كان حق الحابس غير معلوم المقدار، جاز للمدين أن يطلب من المحكمة الإذن له بإيداع مبلغ كافى على ذمة الحابس يستوفى منه حقه عند تقديره. ويتعين على الحابس آنذاك أن يسلم الشئ المحبوس.

**(ب) الحق فى الحبس لا يجعل للحابس إمتيازاً:**

إن مجرد الحق فى حبس الشئ لا يُثبت للحابس حق إمتياز عليه، لأنه ليس حقاً عينياً يخول لصاحبه حق التتبع أو حق الأفضلية على غيره، بل هو مجرد دفع يواجه به الحابس مطالبة مدينه برد العين حتى يستوفى حقه. ويترتب على ذلك:

١- إذا قام الحابس بالتنفيذ على العين المحبوسة لإستيفاء حقه، فإنه لا يتمتع بإمتياز على ثمنها، بل يستوفى حقه من هذا الثمن مع الدائنين الآخرين على أساس المساواة، أى أنه يتعرض لمزاحمة سائر الدائنين، حيث يقتسمون معه الثمن قسمة غرماء.

ولا يستطيع الحابس، بعد أن يقوم بإجراءات التنفيذ على العين المحبوسة لإستيفاء حقه، أن يمتنع عن تسليم العين إلى الراسى عليه المزاد، لأن طلبه بيع العين جبراً يفيد تنازله عن حقه فى حبسها، ولا يبقى أمامه سوى الإشتراك فى الثمن مع غيره من الدائنين.

٢- تظل العين المحبوسة ملك لصاحبها وتدخل فى الضمان العام لدائنيه، ويمكنهم بالتالى التنفيذ عليها. فإذا قام أحد الدائنين الآخرين بالتنفيذ على العين وهى فى يد الحابس، كان لهذا الأخير أن يمتنع عن تسليمها إلى الراسى عليه المزاد، ولا يمكن إجباره على التسليم إلا بعد الوفاء بحقه. ولذلك سيضطر هؤلاء الدائنون الآخرون إلى قضاء حق الدائن الحابس حتى يسلم العين إلى الراسى عليه المزاد، ويترتب على

ذلك أن الحق فى الحبس يؤدى فى هذه الحالة، إلى نفس النتيجة الفعلية التى ينتهى إليها حق الإمتياز.

٣- لا يخول الحق فى الحبس الحابس سلطة تتبع الشئ المحبوس، وعلى ذلك فإن الحبس يسقط إذا إنتقلت العين المحبوسة إلى الغير، ولا يمكن للحابس أن يستردها إلا فى حالة خروجها من يده خفية أو جبراً عنه.

وإذا تصرف المدين (المالك) فى العين، وهى فى يد الحابس كان لهذا الأخير أن يمتنع عن تسليمها إلى المُتصرَّف إليه حتى يستوفى حقه كاملاً، مما يضطر هذا الأخير، إذا كان راغباً فى الحصول على العين إلى وفاء دين الحابس والرجوع بما دفع على المدين المتصرف طبقاً للقواعد العامة.

والجدير بالذكر أنه يترتب على تصرف المالك فى العين المحبوسة خروجها من ملكه ومن الضمان العام لدائنيه بما فيهم الحابس، ولا يجوز لهذا الأخير أن يتتبعها لينفذ عليها ويستوفى حقه، وكل ما له هو أن يستمر فى حبسها حتى يستوفى هذا الحق. مما يحقق له، عملاً، ما يشبه ميزة التتبع.

**(جـ) سريان الحق فى الحبس فى مواجهة الغير:**

١- رأينا أن الحق فى الحبس ينتقل إلى الخلف العام للحابس. ويسرى فى مواجهة الخلف العام للمدين (المالك).

٢- ويُحتج بالحق فى الحبس كذلك فى مواجهة الدائنين العاديين[1]، حيث يسرى فى حقهم كما يسرى فى حق المالك، يستوى

(١) وكما يسرى هذا القول على الدائن العادى منفرداً، فإنه يسرى على جماعة الدائنين فى التفليسة. السنهورى ص١١٨٠

فى ذلك أن يكون حق الدائن قد نشأ قبل ثبوت الحق فى الحبس أو نشأ بعد هذا التاريخ. ولا يعنى ذلك حرمان هؤلاء الدائنين من التنفيذ على الشئ المحبوس، بل يمكن لأى منهم أن ينفذ عليه بإعتباره جزءاً من ضمانه العام، ولكن للدائن الحابس سلطة الإمتناع عن تسليم الشئ إلى الراسى عليه المزاد حتى يستوفى حقه كاملاً، مما يحقق له أفضلية فعلية، ويتميز بذلك عن بقية الدائنين وإن لم يكن له، من الناحية القانونية، أى إمتياز على العين المحبوسة.

٣- ولكن هل يسرى الحق فى الحبس فى مواجهة **الخلف الخاص؟**

من المقرر أن الحبس لا يعطل حق المدين المالك فى التصرف فى العين المحبوسة، فله أن يبيعها، وهى فى يد الحابس، وله أن يرتب عليها حق رهن أو حق إنتفاع أو حق إرتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية. فهل يستطيع الحابس أن يحتج بحقه فى الحبس على المُتصرَّف إليه (الخلف الخاص)؟ بمعنى آخر هل يسرى الحق فى الحبس فى مواجهة من إنتقلت إليه ملكية العين المحبوسة أو من تلقى عليها حقاً عينياً كرهن أو إنتفاع أو إرتفاق؟

**تقتضى الإجابة على هذا السؤال التفرقة بين عدة فروض:**

**أولاً:** إذا كانت العين المحبوسة عقاراً، فإن الخلف الخاص ينبغى عليه أن يُشهر حقه، ويتوقف الأمر فى هذه الحالة على تاريخ شهر هذا الحق:

- فإذا كان حق الخلف الخاص قد تم تسجيله أو قيده قبل ثبوت الحق فى الحبس للدائن الحابس، فإن هذا الحق لا يسرى فى مواجهته، فلا يستطيع الحابس أن يحبس العين عنه، وعلى ذلك يمكن لمن إنتقلت إليه ملكية العقار المحبوس أن يطلب تسليمه. وليس للحابس أن يحتج

بالحبس على الدائن المرتهن الذى قيد رهنه على العقار قبل ثبوت الحق فى الحبس، ولا يستطيع بالتالى، أن يمتنع عن تسليم العقار للراسى عليه المزاد، إذا قام الدائن بالتنفيذ عليه.

- أما إذا كان حق الخلف الخاص قد تم شهره بعد ثبوت الحق فى الحبس، كان للحابس أن يتمسك بالحبس فى مواجهته، حتى ولو لم يكن سند الحابس مسجلاً. ولا يمكن إجبار الحابس على التخلى عن العقار.

ويبرر الفقه ذلك الحكم بالقول بأنه «ليس للخلف الخاص من الحقوق أكثر من مما كان للمدين وقت أن تلقى الحق عنه، ولم يكن للمدين أن يتسلم الشئ إلا بعد أن يوفى للدائن الحابس ماله. ومن ناحية أخرى، إن فى وجود الشئ فى يد الدائن إعلاناً كافياً، فلا يقبل من الغير أن يدعى جهله بالعلاقة القائمة بين الدائن الحابس والمدين. كما أن القول بقصد الإحتجاج بالحبس على المدين وخلفه العام ودائنيه العاديين، دون الخلف الخاص، من شأنه أن يفقد الحبس قيمته العملية، إذ يكفى، لكى يتخلص المدين من آثار الحبس، أن يقرر على الشئ حقاً للغير فيضطر الدائن الحابس إلى التخلى عنه».

**ثانياً:** أما إذا كانت العين المحبوسة منقولاً، فإن الحبس يسرى على من يكتسب ملكيته بعد ثبوت الحق فى الحبس، ويسرى كذلك فى حق كل من ترتبت لهم حقوق عينية على المنقول المحبوس قبل الحبس إذا كان الحابس حسن النية، أى غير عالم بالتصرفات التى أجراها المدين على المنقول ورتب بمقتضاها حقوقاً للغير عليه. ويرجع ذلك إلى أن الحبس يتضمن الحيازة، ومن المقرر أن حيازة المنقول بحسن نية ترتب هذا الأثر.

**ثالثاً:** إذا كان حق الحبس مستنداً إلى إنفاق مصروفات على

العين المحبوسة ذاتها، سواء كانت تلك العين من المنقولات أم من العقارات، كان للحابس أن يحتج بحقه فى مواجهة الخلف الخاص. يستوى فى ذلك أن يكون هذا الخلف قد كسب حقه على العين قبل ثبوت الحق فى الحبس أم بعده. ولا يوثر فى ذلك حسن أو سوء نية الحابس، أى حتى ولو كان عالماً بحق الغير (الخلف الخاص) على العين المحبوسة[1].

والسبب فى ذلك الحكم هو أن ما ينفقه الحائز من مصروفات يعود بالفائدة على الشئ المحبوس ذاته، ويكون من حق الحابس الذى أنفقها أن يطالب من يريد إسترداد هذا الشئ بها ولو كان حقه ثابتاً قبل إنفاق هذه المصروفات، لأنه يكون قد إستفاد منها.

**رابعاً:** إذا ورد الحبس على عين غير مملوكة للمدين للحابس، فإن الحق فى الحبس لا يسرى على المالك، وعلى ذلك إذا طالب المالك بإسترداد العين المحبوسة، فلا يجوز للدائن أن يمتنع عن تسليم العين إستناداً إلى حقه فى الحبس، إلا إذا كان الحبس مستنداً إلى مصروفات أنفقها الحابس على العين، هنا يمكن الإحتجاج بالحبس على الكافة بما فيهم المالك.

فإذا إشترى شخص عيناً مملوكة لغير البائع، وتم فسخ البيع أو إبطاله، كان من حق المشترى حبس العين حتى يرد له البائع الثمن، ولكنه لا يستطيع أن يتمسك بالحبس فى مواجهة المالك الحقيقى لأنه غير مدين له بشئ. وليس للمقاول من الباطن أن يحبس العين عن المالك بسبب ما يكون لهذا المقاول من حقوق فى ذمة المقاول الأصلى، مادام المالك ليس مديناً لا للمقاول من الباطن ولا للمقاول الأصلى.

وإذا تسبب الشئ فى ضرر للغير، وكان هذا الشئ تحت يد

---

(١) نقض ٢٠٠١/٤/١٠ طعن٢١٤٣س٧٠ق (حبس الوكيل الشقة حتى يسترد المصروفات التي أنفقها عليها).

المضرور، وكان حارس الشئ شخصاً آخر غير مالكه، فلا يجوز للمضرور أن يحبس الشئ إلا فى مواجهة الحارس لأنه هو المسؤول عن التعويض دون المالك الذى يكون له الحق فى إسترداد هذا الشئ.

## الفرع الثالث

## واجبات الحابس

يلتزم الحابس بالمحافظة على الشئ المحبوسة، وبتقديم حساب عن غلته، وبرده عند انقضاء الحق فى الحبس.

### ١- المحافظة على الشئ المحبوس:

يلتزم الحابس بالمحافظة على الشئ المحبوس وفقاً لأحكام الحيازة(١).

إن الحابس مطالب بالمحافظة على العين المحبوسة وعليه أن يبذل فى ذلك عناية الرجل المعتاد. ولو كان هو فى أمواله الخاصة شديد العناية أو مفرط الإهمال. فلا يجديه فى دفع مسؤوليته أن يثبت أنه يعامل الشئ المحبوس معاملته لأمواله هو، لأن المطلوب هو عناية الشخص المعتاد. فالمعيار هنا موضوعى لا ذاتى.

وعلى ذلك إذا كانت العين المحبوسة آلة أو مبنى أو دابة، فأهمل الحابس فى صيانة الآلة حتى أصيبت بتلف أو أصيبت الدابة بمرض أو تخرب المبنى، كان مسؤولاً عن التعويض، ولا يدفع عنه المسؤولية أن يثبت أنه يعامل الشئ المحبوس معاملته لأمواله، ذلك أن المطلوب منه

---

(١) وتعبر عن تلك الأحكام المادة ١١٠٣ مدنى بقولها «إذا تسلم الدائن الشئ المرهون، فعليه أن يبذل فى حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، وهو مسؤول عن هلاك الشئ أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبى لا يد له فيه».

هو بذل عناية الرجل المعتاد[1].

ويقع على المالك عبء إثبات تعيب العين المحبوسة، وتقوم بذلك قرينة قضائية على أن الحابس أهمل فى المحافظة عليها. ويمكن للحابس أن يدحض هذه القرينة إذا أثبت أنه بذل فى المحافظة على العين عناية الرجل المعتاد، أو أن التعيب يرجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه.

ويترتب على ذلك أن الحابس يتحمل تبعة هلاك الشئ المحبوس إذا هلك وهو فى يده، إلا إذا أثبت أن الهلاك راجع إلى سبب أجنبى، هنا تنتقل تبعة الهلاك إلى الطرف الآخر[2]. ويسأل الحابس عن الأضرار التى يسببها الشئ المحبوس للغير وفقاً لأحكام المسئولية التقصيرية، ذلك أن الشئ يكون فى حراسته بمعنى أن له سلطة فعلية فى التوجيه والرقابة.

---

(١) وإن كان القانون المدنى القديم لم يورد نصاً خاصاً عن واجبات الحابس فى حفظ وصيانة الشئ المحبوس تحت يده، إلا أنه يجب على الحابس أن يبذل فى حفظه من العناية ما يبذله الرجل المعتاد ويكون مسؤولاً عن هلاكه أو تلفه إلا إذا كان ذلك بسبب قهرى قياساً على القاعدة المقررة فى رهن الحيازة بالمادة ٥٤٤ مدنى قديم لإتحاد العلة فى الحالتين وهو ما صرح به القانون المدنى الجديد فى المادة ٢/٢٤٧ من إلتزام الحابس بالمحافظة على الشئ المحبوس تحت يده وفقاً لأحكام رهن الحيازة المقررة فى المادة ١١٠٣ والتى تقضى بإلزام المرتهن بأن يبذل فى حفظ وصيانة الشئ المرهون ما يبذله الشخص المعتاد وأنه مسؤول عن هلاكه أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبى لا يد له فيه، ويكون القانون المدنى الجديد إذا أورد المادة ٢٤٧ إنما قنن فى خصوص إلتزامات الحابس أحكام القانون القديم ولم يستحدث جديداً (نقض ١٩٥٥/١٢/٨ س٢٠ ص١١١٨).

(٢) وذلك قياساً على الرهن (م١١٠٣) مدنى وقد أورد المشرع تطبيقاً لذلك فى المادة ٤٦٠ مدنى حيث تنص على أنه «إذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشترى ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع.

وإذا كان الشئ المحبوس يُخشى عليه الهلاك أو التلف، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء فى بيعه، وينتقل الحق فى الحبس من الشئ إلى ثمنه، أى أن الثمن يحل حلولاً عينياً محل العين المحبوسة، ويتحقق ذلك عادة فى المنقولات خاصة إذا كانت من المأكولات أو المشروبات مما يسرع إليه التلف. وطلب بيع الشئ المحبوس المعرض للهلاك أو التلف أمر واجب على الحابس وإلا كان مقصراً فى المحافظة على الشئ، ويمكن للمدين المالك أن يطلب ذلك أيضاً، ويتم الإذن بالبيع بناءاً على أمر على عريضة، ويكون البيع بالمزاد العلنى أو بسعر السوق أو البورصة إذا كان للعين سعر معروف. ويعين القاضى جهة إيداع الثمن لحساب الحابس، وقد تكون خزانة المحكمة، أو الحابس نفسه أو شخص آخر (أمين)[1].

**٢- تقديم حساب عن غلة الشئ المحبوس :**

إذا كانت العين المحبوسة تنتج ثماراً بطبيعتها، كان على الحابس أن يستمر فى استغلالها، وقبض غلتها وحبسها وتقديم حساب عنها للمالك[2]، عند إنقضاء الحق فى الحبس. وهو يستنزل من هذا الحساب نفقات الإستغلال بطبيعة الحال. مثال ذلك الأرض الزراعية والحديقة والدار المؤجرة وسيارة الأجرة والأوراق المالية كالأسهم والسندات.

---

(١) ويحيل المشرع (م٢٤٧ مدني) في ذلك إلي المادة ١١١٩ مدني الخاصة بالرهن الحيازي، والتي تنص علي أنه «١- إذا كان الشئ المرهون مهدداً بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشي أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شئ آخر يقدم بدله، جاز للدائن أو للراهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق. ٢-ويفصل القاضي في أمر إيداع الثمن عند الترخيص في البيع، وينتقل حق الدائن في هذه الحالة من الشئ إلي ثمنه.

(٢) نقض ١٩٥١/١/٤ س٢ ص٢٤٤ .

فإستثمار الشئ المحبوس واجب على الحابس، فى هذه الحالة لأنه أمر تمليه ضرورة المحافظة على الشئ ذاته.

وخلافاً للدائن المرتهن رهن حيازة[1]، ليس للحابس أن ينتفع بالشئ المحبوس ويتملك ثماره خصماً من دينه، بل تضاف تلك الثمار إلى الشئ المحبوس نفسه فى خضوعها لحق الحبس. وإذا باعها استيفاء لحقه فإنه يتعرض لمزاحمة غيره من الدائنين. وقد يبيعها، بعد إستئذان القاضى، خشية ما تتعرض له من هلاك أو تلف ويحبس الثمن.

أما إذا كان الشئ المحبوس لاينتج بطبيعته ثماراً، فإن الحارس لا يلتزم بإستغلاله، بل يبقيه لديه مع الحفاظ عليه وصيانته.

**٣- رد العين المحبوسة :**

يلتزم الحابس، أخيراً، برد العين المحبوسة إلى من له الحق فى تسلمها عند انقضاء حقه فى الحبس، ذلك أن الحبس إمتناع مؤقت عن تنفيذ الإلتزام لحين إستيفاء الدين. فإذا زال السبب، بوفاء الدين، ينقضى الحبس ويزول المانع الذى كان يحول دون الرد، لذا وجب تسليم الشئ المحبوس للمالك. ويتم التسليم وفقاً للعلاقة القانونية التى كانت قائمة بين الحابس وبين المالك قبل الحبس. فإذا كانت هذه العلاقة عقدية كالبيع، فإن هذا العقد يكون مصدر الإلتزام بالتسليم ويتم ذلك طبقاً لأحكامه، وإذا كانت هذه العلاقة خارج نطاق العقد، كإلتزام الحائز برد

---

(١) حيث تنص المادة ١١٠٤ علي أنه « ١- ليس للدائن أن ينتفع بالشئ المرهون دون مقابل، ٢- وعليه أن يستثمره إستثماراً كاملاً ما لم يتفق علي غير ذلك. ٣- وما حصل عليه الدائن من صافي الريع وما إستفاده من إستعمال الشئ يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله، علي أن يكون الخصم أولاً من قيمة ما أنفقه في المحافظة علي الشئ وفي الإصلاحات ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل الدين».

الشئ إلى مالكه بعد إستيفاء المصروفات الضرورية، كان مصدر الإلتزام هنا هو الإثراء بلا سبب.

## المطلب الثالث

## انقضاء الحق فى الحبس

يمكن تقسيم أسباب انقضاء الحق فى الحبس إلى قسمين: انقضاء الحبس بطريق تبعى أى تبعاً لانقضاء الحق الذى حُبست العين لإستيفائه، إنقضاء الحبس بطريق أصلى مستقلاً عن هذا الحق.

**أولاً : إنقضاء الحق فى الحبس بطريق تبعى :**

يقوم الحق فى الحبس لضمان الوفاء بحق الحابس، فإذا انقضى هذا الحق، إنقضى الحق فى الحبس بالتبعية لذلك. ويستوى أن ينقضى الحق المضمون بالوفاء أو بما يقوم مقام الوفاء كالتجديد والمقاصة واتحاد الذمة. وقد ينقضى بغير الوفاء كما لو أبرأ الحابس المدين من الدين، أو سقط الدين لإستحالة تنفيذه لسبب أجنبى.

وينبغى ملاحظة أن حق الدائن الذى حُبست العين لإستيفائه لا يسقط بالتقادم مادامت العين المحبوسة باقية تحت يد الدائن الحابس، لأن الحبس يقطع تقادمه، إذ أن بقاء العين فى الحبس يُعتبر اقراراً ضمنياً متجدداً من جانب المدين بأنه مدين للحابس[1].

**ثانياً: انقضاء الحق فى الحبس بطريق أصلى:**

قد ينقضى الحق فى الحبس بطريقة أصلية، واستقلالاً عن الحق

(١) وذلك قياساً على ما جاء في المادة ٣٨٤ مدني التي تقضي بأنه « ١- ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمنياً. ٢-ويعتبر إقراراً ضمنياً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالاً مرهوناً رهناً حيازياً تأميناً لوفاء الدين».

الذى قام لإستيفائه، أى أن الحبس ينقضى وحده، مع بقاء الحق المضمون به، ويتحقق ذلك فى الحالات الآتية:

١- ينقضى الحق فى الحبس إذا قدم المدين تأميناً كافياً لضمان حق الحابس، ويستوى أن يكون هذا التأمين شخصياً كالكفالة أو عينياً كالرهن[١]. ويستقل القاضى بتقدير مدى كفاية التأمين عند الخلاف فى ذلك، فالغرض من الحبس هو ضمان حق الدائن، فإذا قدم المدين له ضماناً آخر كافياً للوفاء بحقه، فقد الحق فى الحبس حكمته، وينتفى الهدف من الإستمرار فيه، وتعين رد العين المحبوسة، وهذا ما يوجبه حسن النية من عدم جواز التعسف فى استعمال الحق.

ويرد على هذه القاعدة استثناء واحد حيث لا ينقضى الحق فى الحبس رغم تقديم تأمين كاف، وهى حالة حبس البائع للمبيع حتى يستوفى الثمن[٢].

٢- ينقضى الحق فى الحبس، إذا هلكت العين المحبوسة، وذلك لزوال محله. فإذا كان الهلاك بفعل الحابس، كان مسؤلاً عن التعويض، أما إذا كان الهلاك بسبب أجنبى لا يد للحابس فيه، فإن العين تهلك على صاحبها، أى أن المالك يتحمل تبعة الهلاك.

---

(١) م٢٤٦/١ مدني. ومن التطبيقات التشريعية لهذا السبب من أسباب الإنقضاء نص المادة ١/٤٥٧، بصدد حق المشتري في حبس الثمن، علي أنه «إذا تعرض أحد للمشتري مستنداً إلي حق سابق علي البيع أو آيل من البائع، أو إذا خيف علي المبيع أن ينزع من يد المشتري، جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتي ينقطع التعرض أو يزول الخطر، ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب بإستيفاء الثمن علي أن يقدم كفيلاً».

(٢) وتنص علي ذلك المادة ١/٤٥٩ مدني بقولها «إذا كان الثمن كله أو بعضه، مستحق الدفع في الحال، فللبائع أن يحبس المبيع حتي يستوفي ما هو مستحق له، ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة. هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلاً بعد البيع».

وإذا إستحق بسبب هلاك الشئ المحبوس مقابل نقدى معين، كالتعويض الذى يلتزم به من تسبب فى هلاكه بخطئه، أو مبلغ التأمين إذا كان الشئ مؤمناً عليه، فما هو مصير الحق فى الحبس فى هذه الحالة؟

يذهب أغلبية الفقه إلى إعمال مبدأ الحلول العينى بمعنى أنه «يحق للدائن أن يحبس التعويض أو التأمين بدلاً من العين التى هلكت إستاداً إلى أن هذا المبدأ ذا طبيعة عامة ولا حاجة إلى نص خاص لكل حالة من حالاته، وليست النصوص التشريعية إلا مجرد تطبيقات له».

ويرفض البعض هذا الإنتقال لأن الحلول العينى لا يكون إلا بنص، ولا يستقيم الحلول العينى مع الإعتبارات التى يقوم عليها حق الحبس، ولا يجوز القياس على ما يقرره المشرع من إنتقال الحق فى الحبس إلى ثمن الشئ المحبوس الذى بيع بسبب خشية هلاكه أو تلفه[1].

٣- ينقضى الحق فى الحبس إذا أخل الحابس بإلتزامه بالمحافظة على الشئ المحبوس إخلالاً خطيراً. وذلك تطبيقاً للقواعد العامة، ويجوز للمدين المالك أن يطلب من المحكمة إسقاط الحق فى الحبس، ولا يسقط حق الحابس، فى هذه الحالة إلا بناء على حكم قضائى.

٤- ينقضى الحق فى الحبس بالنزول عنه، فقد ينزل الحابس عن حقه فى الحبس صراحة قبل أن يستوفى ماله فى ذمة المالك. وقد يتم النزول بطريقة ضمنية. ويستفاد النزول الضمنى عن الحبس عن تخلى الحابس عن حيازة الشئ المحبوس، قاصداً ومختاراً، إلى المدين المالك. فإذا خرجت حيازة العين من يد الحابس بإختياره زال حقه فى الحبس، ولا

---

(١) م٣/٢٤٧ مدني. اسماعيل غانم ص٠ ٢٥

يستطيع بعد ذلك أن يسترد حيازتها[١]. ويعتبر نزولاً ضمنياً قيام الحابس بالتنفيذ العينى متخذاً إجراءات البيع الجبرى، لذا يجب عليه، فى هذه الحالة، أن يسلم العين إلى الراسى عليه المزاد.

ويعتبر مجرد خروج العين من يد الحابس قرينة على التخلى الإختيارى وبالتالى النزول ضمناً عن حق الحبس، ما لم يقم الحابس بنفى دلالتها، بإثبات أن العين قد أُختلست أو أُغتصبت منه. وتقرر محكمة النقض فى هذا الصدد بأن التخلى الإختيارى المسقط لحق الحبس واقعة مادية لمحكمة الموضوع أن تستخلصها من ظروف الدعوى وملابساتها ومن المستندات المقدمة إليها، فإذا كانت القرائن التى إستند إليها الحكم من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى إنتهى إليها، فإن النعى عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس[٢].

«ليس الحبس، على وجه الإجمال، إلا حيازة الشئ حيازة فعلية، ولذلك كان طبيعياً أن ينقضى بفقد هذه الحيازة، ولكن ينبغى أن يكون هذا الفقد إرادياً، فإذا خرج الشئ من يد محتبسه خفية أو إنتزع منه رغم معارضته، ظل حقه فى الحبس قائماً، وكان له أن يسترده، ولو من

---

(١) تنص المادة ٢٤٨ مدني علي أنه:

١- ينقضي الحق في الحبس بخروج الشئ من يد حائزه أو محرزه.

٢- ومع ذلك يجوز لحابس الشئ، إذا خرج الشئ من يده خفية أو بالرغم من معارضته، أن يطلب إسترداده، إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشئ من يده، وقبل إنقضاء سنة من وقت خروجه.

(٢) نقض٩/٤/١٩٥٣ س٤ ص٦١٦ .

يد حائز حسن النية (أى حتى لو أن من إختلس الحيازة أو اغتصبها نقلها بعد ذلك إلى حائز حسن النية)، بإعتبار أن الأمر ينطوى على سرقة ضمان. على أن حق الإسترداد هذا، وإن كان جزاء يكفل حماية الحق فى الحبس، إلا أن من واجب المحتبس أن يستعمله فى خلال ثلاثين يوماً من يوم علمه بخروج الشئ من يده»[1].

وإذا خرج الشئ من يد الحابس خروجاً إرادياً ثم عاد إليه مرة أخرى لنفس السبب الذى تسبب فى إحتباسه من قبل، فإن الحق فى الحبس يعود من جديد، فلو أن شخصاً عهد إلى ميكانيكى بإصلاح آلة وإستعادها قبل أن يدفع أجرة الإصلاح، ثم أرجعها إليه لإستكمال إصلاحها، هنا يعود الحق فى الحبس لإستيفاء الأجرة، لوحدة السبب الذى من أجله عادت إليه الآلة.

أما إذا عاد الشئ لسبب آخر، فلا يجوز للحابس أن يتمسك بحق الحبس الذى كان له من قبل، فإذا قام البائع بتسليم الآلة إلى المشترى قبل إستيفاء الثمن، فإنه يكون قد نزل عن حقه فى حبسها. فإذا عادت إليه الآلة بعد ذلك لإصلاحها، فليس له الحق فى حبسها لضمان دين الثمن، لأنها سلمت إليه بناء على سبب آخر وهو عقد المقاولة. وليس له سوى حبس جديد قاصر على إستيفاء أجر ما يقوم به من إصلاحات.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٦٥٦ .

## المبحث الخامس

## الإعسار

### المقصود بالإعسار وأهمية تنظيمه :

أثبت العمل قصور الوسائل المتقدمة، وهى الدعاوى الثلاث: الصورية، غير المباشرة، البوليصية، بالإضافة إلى الحق فى الحبس، لأنها لا توفر للدائن العادى الحماية الكافية ضد غش المدين أو إهماله، ذلك نظراً لصعوبة توافر شروط تطبيقها، وسهولة التهرب من أحكامها. حيث يصعب، فى كثير من الحالات إثبات الصورية، أو التواطؤ كشرط للدعوى البوليصية، أو إهمال المدين فى إستعمال حقوقه كشرط للدعوى غير المباشرة، ويترتب على ذلك خروج المال من ذمة المدين ولا يستطيع الدائن، بالتالى، التنفيذ عليه. أضف إلى ذلك أنه قد تبين أن الإجراءات الفردية، التى يجوز لكل دائن إتخاذها على أموال مدينه المعسر، تضر بمصالح مجموع الدائنين، لأنها تؤدى إلى التسابق بينهم فى التنفيذ على تلك الأموال، وحصول الدائن على كامل حقوقه هو رهن بالنجاح فى ذلك السباق.

جاء نظام الإفلاس فى القانون التجارى ليتلافى هذه العيوب حيث يحقق على وجه كامل مصلحة الدائنين والمساواة بينهم، وذلك برفع يد التاجر المفلس عن أمواله فلا يستطيع التصرف فيها، ويعهد بها إلى السنديك الذى يتولى إدارة تلك الأموال وتصفيتها وتقسيم ثمنها بين الدائنين بنسبة ديونهم، فتصفية أموال المدين تكون تصفية جماعية يباشرها وكيل عن الدائنين، فلا يجوز لأى دائن عادى إتخاذ إجراءات التنفيذ الفردية على أموال المدين. وبذلك تتحقق المساواة الفعلية بين الدائنين، لأنهم يتقاسمون فيما بينهم حصيلة أموال المدين.

وضع المشرع المدنى، لتحقيق نفس الأهداف، نظاماً للإعسار المدنى خاصاً بغير التجار، يقترب من نظام الإفلاس التجارى، ويختلف عنه فى بعض الوجوه. وقد تم تنظيم الإعسار بطريقة تتفق وطبيعة المسائل المدنية، وتقدم حماية وافية للدائنين من المدين، وتجعل من المساواة الواجبة بينهم حقيقة واقعة.

وتبين المذكرة الإيضاحية ذلك بقولها: إن نظام الإعسار يخدم مصالح الجميع، مصالح المدين ومصالح الدائنين.

بالنسبة للمدين، لا يتبع شهر الإعسار حتماً حلول الديون المؤجلة، فللقاضى أن يبقى على الأجل وأن يمد فيه، بل وللقاضى ما هو أفضل: فله أن ينظر المدين إلى ميسرة بالنسبة إلى الديون المستحقة الأداء، وبهذا أتاح له تصفية ديونه ودياً فى أكثر الظروف ملائمة. وله كذلك أن يتصرف فى ماله ولو بغير رضاء هؤلاء الدائنين، على أن يكون ذلك بثمن المثل، وأن يودع الثمن خزينة المحكمة للوفاء بحقوقهم، وقد بسط له المشروع فى أسباب الحماية ولاسيما ما كان منها إنسانى الصبغة. فخوله حق الحصول على نفقة تقطع من إيراده إذا كان هذا الإيراد محجوزاً.

أما الدائنون فيكفل لهم نظام الإعسار قسطاً كبيراً من الحماية، فليس لهم أن يشفقوا من تقدم أحدهم على الباقين بغير حق. ذلك أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى إشهار الإعسار يكون من أثره عدم نفاذ أى إختصاص يقع بعد ذلك على عقارات المدين فى حق الدائنين السابقة ديونهم على هذا التسجيل. ومتى أُشهر إعسار المدين أصبح من أهون الأمور على الدائنين أن يأمنوا جانبه فيما يصدر عنه من التصرفات الضارة، وأصبح إعمال أحكام الدعوى البوليصية فريداً فى بساطته، فكل تصرف قانونى يصدر من المدين المعسر، ويكون من ورائه إنتقاص

حقوقه أو زيادة إلتزاماته، وكل وفاء يقع منه، لا ينفذ فى حق الدائنين، دون حاجة إلى تحميلهم عبء إقامة الدليل على الغش، وهو عبء فى أغلب الأحوال غير يسير. ولتعزيز حماية الدائنين من تصرفات المدين الضارة، قرر المشرع توقيع عقوبة التبديد على المدين إذا إرتكب أعمالاً من أعمال الغش البين إضراراً بدائنيه.

ولم يأخذ المشرع بنظام التصفية الجماعية لأموال المعسر لأنه من غير المرغوب فيه إجراء هذه التصفية بإعتبارها أمراً بالغ الحرج فى نطاق المعاملات المدنية على عكس الحال فى نطاق المعاملات التجارية.

وقد ذهب البعض إلى أن «نظام الإعسار، وإن توافرت له المزايا التى تقدمت الإشارة إليها، فليس يخلو اعماله من عيب قد يرجح هذه المزايا جميعاً. فإذا فرض، فى رأيهم، أن أغلب الملاك ينوؤن بأعباء الدين، فمن الخطر أن تتخذ إجراءات لإشهار إعسار هؤلاء الملاك، لأن هذه الإجراءات تفضى عن طريق العلانية القضائية إلى الكشف عن مراكز أو أحوال ينبغى أن يكتم أمرها على الملأ لإعتبارات مادية وأدبية، ولكن لو صح أن يستهان بما يعرض للذهن فى مثل هذه الظروف من وجوب رعاية ما يقتضى التعامل من شرف وخلق، أفلا يبقى بعد ذلك أمر التساؤل عما إذا كانت هذه المراكز المضطربة تظل فى الواقع خافية غير معلومة؟ الحق أنه ليس أيسر من كشف الحقيقة والبصر بها فى هذا الشأن، فإن لم يتح ذلك من طرق إستفاضة الشهرة، فثمة علانية إجراءات التوزيع القضائى وجلسات المزايدات».

**خطة البحث :**

نقسم دراستنا لأحكام الإعسار إلى مطالب ثلاثة نعرض فيها على التوالى لكل من: شهر الإعسار، آثار الإعسار، إنتهاء حالة الإعسار.

## المطلب الأول

## شهر الإعسار

### (أ) الإعسار الفعلى والإعسار القانونى :

الإعسار هو، حالة المدين التي تزيد ديونه على حقوقه، أى تربو ديونه على أمواله. ويكون الإعسار فعلياً متى زادت ديون المدين جميعها ، أى الحالة منها والمؤجلة، على قيمة أمواله. المهم أن تكون تلك الديون محققة الوجود. وتلك حالة واقعية لا يلزم فيها حكماً بالشهر.

أما الإعسار القانونى فهو حالة قانونية تنشأ من زيادة ديون المدين الحالة أى المستحقة الأداء على أمواله، فتلك الديون وحدها دون الديون المؤجلة، هى التى تجيز شهر الإعسار. ولابد من شهر هذه الحالة بموجب حكم قضائى يجعل المدين فى حالة إعسار[1]. مؤدى ذلك أنه لا يكفى مجرد نقص حقوق المدين عن ديونه، بل يشترط أيضاً أن تكون هذه الحقوق أقل من الديون المستحقة الأداء أى أقل من جزء معين من مجموع الديون.

وتعبر محكمة النقض عن هذا المعنى بقولها «إن المشرع قد فرق بين الإعسار القانونى الذى إستلزم توافره لشهر إعسار المدين، وإشترط لقيامه أن تكون أمواله غير كافية لوفاء ديونه المستحقة الأداء، وبين الإعسار الفعلى الذى إستلزم توافره فى دعوى عدم نفاذ التصرف وإشترط لقيامه أن يؤدى التصرف الصادر من المدين إلى أن تصبح أمواله غير كافية للوفاء بجميع ديونه سواء ما كان منها مستحق الأداء أو مضافاً إلى أجل، ومؤدى ذلك أن الإعسار الفعلى أوسع نطاقاً من

---

(١) وتنص المادة ٢٤٩ مدني علي ذلك بقولها «يجوز أن يشهر إعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء».

الإعسار القانونى فقد يتوافر الأول دون الثانى »[1].

**(ب) دعوى الإعسار :**

يرفع دعوى الإعسار، فى الغالب، أحد الدائنين على المدين المعسر يطلب فيها شهر إعساره وذلك إما بهدف غل يده عن التصرف فى أمواله بطريقة تضر به، أو ليسقط أجل حقه، أو وقف السباق بين سائر الدائنين فى التنفيذ على أموال المدين، أو منعهم من أخذ حقوق إختصاص على عقارات المدين تمكنهم من التقدم فى إستيفاء حقوقهم.

ويقع على المدعى (الدائن الذى يطلب شهر الإعسار) عبء إثبات إعسار المدين، ويتم ذلك بإثبات أن جميع أموال المدين لا تفى بديونه المستحقة أى التى يحل موعد أجل سدادها وقت طلب شهر الإعسار. ولما كان الإعسار، أى عدم كفاية الأموال، واقعة مادية فإنه يجوز إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات بما فى ذلك البينة والقرائن. ولعل من القرائن فى هذا الصدد توقف المدين عن الدفع. فذلك التوقف، وإن كان من شأنه أن يؤدى إلى الإفلاس التجارى، إلا أنه لا يستتبع بالضرورة شهر إعسار المدين، ولكنه يكون قرينة على إعساره، ويستطيع المدين نفى هذه القرينة بإثبات أنه رغم توقفه عن الدفع فإن أمواله تكفى للوفاء بديونه المستحقة الأداء. ويمكن الإستعانة كذلك بالقرينة القانونية، الواردة بالمادة ٢٣٩، على أن تكون قرينة قضائية، ومؤداها أنه إذا إدعى الدائن إعسار المدين، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما فى ذمته من ديون، وعلى المدين أن يثبت أن له مالاً يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها[2].

---

(١) نقض ١٩٧٨/٥/٨ س٢٩ ص١١٨٥ . نقض ٢٠٠٠/٥/٢٨ طعن٣٥٦٣س٦٩ق.

(٢) إن الإعسار هو حالة قانونية تستفاد من أن أموال الشخص ليست كافية للوفاء =

وقد يطلب شهر الإعسار المدين نفسه، الذى يكون له مصلحة فى ذلك عن طريق تسوية أحواله المالية المضطربة. ولا شك أن المدين سوف يقر بإعساره فى هذه الحالة، ويكون هذا الإقرار حجة عليه وكافياً لثبوت إعساره، ما لم يثبت للقاضى أن القصد من الإقرار بالإعسار هو مجرد التحايل.

ولا يجوز للقاضى أن يقضى بشهر إعسار المدين من تلقاء نفسه، أى دون طلب مقدم من المدين أو من أحد الدائنين، عكس الحال فى نظام الإفلاس الذى يعطى للمحكمة تلك السلطة.

ويكون شهر الإعسار بحكم تصدره المحكمة الإبتدائية التى يتبعها موطن المدين. وقد أوجب القانون الحكم فى دعوى شهر الإعسار على وجه السرعة.

وعلى المحكمة فى كل حال قبل أن تشهر إعسار المدين أن تراعى فى تقديرها جميع الظروف التى أحاطت به، سواء أكانت هذه الظروف عامة أم خاصة، فتنظر إلى موارده المستقبلة ومقدرته الشخصية، أو مسؤوليته عن الأسباب التى أدت إلى إعساره، ومصالح دائنيه المشروعة، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى حالته المالية[1].

---

= بديونه المستحقة عليه، وهو بهذا المعني لا يقوم علي نفي مطلق يتعذر إثباته، بل يقوم علي أمر واقع له علاماته التي تشهد عليه. علي أن المقرر في الإثبات أنه إذا كانت الواقعة المدعاة سلبية وكانت منضبطة النفي، كان علي مدعيها إثبات خلافها متي أمكنه تحويله إلي قضية موجهة، فإن لم يكن ذلك ممكناً، أو كانت الواقعة غير منضبطة النفي، فإن مدعيها يعتبر عاجزاً عن إثبات دعواه (نقض ١٩٤٦/١/٣١ مجموعة عمر٥ ص٨٠).

(١) م٢٥١ مدني.

مؤدى ذلك أن للمحكمة سلطة تقديرية فى أن تحكم بشهر الإعسار من عدمه، حتى ولو كانت حالة الإعسار ثابتة. «فإذا كانت أموال المدين لا تكفى لوفاء ديونه المستحقة الأداء، جاز للقاضى أن يحكم بشهر الإعسار دون أن ينطوى الأمر على ضرب من ضروب الوجوب. ومؤدى هذا أن للقاضى سلطة رحبة الحدود، تتيح له تقدير جميع ظروف المدين، وأخذه بالشدة أو إصطناع الرفق فى معاملته وفقاً لأحواله العامة والخاصة، وقد يكون فى الأحوال العامة ما يستنهض لمصلحة المدين كما لو عرضت عثرة موقوتة فى خلال أزمة إقتصادية شاملة، ويراعى من ناحية أخرى أن لأحوال المدين الخاصة النصيب الأوفى فى توجيه الحكم على مركزه، فمن ذلك مثلاً كفايته الشخصية (وهى التى يتوقف عليها إلى حد بعيد تقدير ما يرجى له من فرص التوفيق فى مستقبله)، وسنه، وحرفته، ومركزه الإجتماعى، ومصالح دائنيه المشروعة، ومدى مسؤوليته عن إعساره، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى حالته المادية»(١).

**(جـ) إجراءات دعوى الإعسار :**

تختص المحكمة الإبتدائية، التى يتبعها موطن المدين المعسر، بالحكم بشهر الإعسار، ويجب أن تنظر الدعوى على وجه السرعة.

وبالرغم من أنه لا تجوز المعارضة فى الأحكام الصادرة فى المواد المستعجلة ولا فى المواد التى يوجب القانون الحكم فيها على وجه السرعة، إلا أن المشرع أجاز، على سبيل الإستثناء، المعارضة فى الأحكام الصادرة فى شأن الإعسار، إذا كانت غيابية، وذلك خلال ثمانية أيام من تاريخ إعلان تلك الأحكام، ويجوز استئنافها خلال

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٦٢٣ .نقض ٢٨/٥/٢٠٠٠ طعن ٣٥٦٣ س٦٩ق.

خمسة عشر يوماً من نفس التاريخ[١].

**(د) إجراءات العلانية :**

حرص المشرع على أن يحيط حالة الإعسار والحكم الصادر فيها بالعلانية الكافية حتى يعلم به الغير ويبنى على أساسه تعامله، وحتى يعلم سائر الدائنين بحالة المدين ويتقدموا للإشتراك فى التنفيذ على أمواله.

وتتحقق العلانية على كل من الصعيد المحلى عن طريق قلم كتاب المحكمة الإبتدائية التى أصدرت الحكم بشهر الإعسار، وعلى الصعيد المركزى عن طريق قلم كتاب محكمة القاهرة الإبتدائية، وهى الجهة الرئيسية التى يجب أن يوجد بها سجل عام لكل حالات الإعسار فى الدولة:

١- فعلى كاتب المحكمة فى اليوم الذى تقيد فيه دعوى الإعسار أن يسجل صحيفتها فى سجل خاص يرتب بحسب أسماء المعسرين، وعليه أن يؤشر فى هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر فى الدعوى، وبكل حكم يصدر بتأييده أو بإلغائه وذلك كله يوم صدور الحكم.

٢- وعلى الكاتب أيضاً أن يرسل إلى قلم كتاب محكمة مصر (القاهرة) صورة من هذه التسجيلات والتأشيرات لإثباتها فى سجل عام، ينظم وفقاً لقرار من وزير العدل.

٣- ويجب على المدين إذا تغير موطنه أن يخطر بذلك كاتب المحكمة التى يتبعها موطنه السابق، وعلى هذا الكاتب بمجرد علمه

---

(١) م٢٥٠، ٢٥٢ مدني، ٣٨٦ مرافعات.

بتغيير الموطن، سواء أخطره المدين أم علم ذلك من أى طريق آخر، أن يرسل على نفقة المدين صورة من حكم شهر الإعسار ومن البيانات المؤشر بها فى هامش التسجيل إلى المحكمة التى يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها فى سجلاتها[1].

## المطلب الثانى

## آثار شهر الإعسار

يترتب على شهر الإعسار آثار هامة سواء بالنسبة إلى المدين أو بالنسبة إلى الدائنين:

### (أ) آثار شهر الإعسار بالنسبة للمدين:

يترتب على الحكم بشهر إعسار المدين عدة آثار بالنسبة له، تتمثل فى:

١- عدم نفاذ تصرفات المدين فى مواجهة الدائنين متى كانت ضارة بهم. فمتى سجلت صحيفة دعوى الإعسار، لا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى إلتزاماته حيث يفترض الغش فى تلك التصرفات.

إلا أنه يجوز للمدين أن يتصرف فى أمواله، ولو بغير رضاء الدائنين، على أن يكون بثمن المثل وأن يقوم المشترى بإيداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع، وإذا كان الثمن الذى بيع به المال أقل من ثمن المثل، كان التصرف غير سار فى حق الدائنين، إلا إذا أودع المشترى فوق الثمن الذى إشترى به ما نقص من ثمن المثل. ففى مثل هذه الحالة تنتفى مظنة الإضرار بالدائنين، ومن ثم يعتبر

(١) م٢٥٣، ٢٥٤ مدني.

التصرف نافذاً في مواجهتهم.

٢- ولا يسرى فى حق الدائنين أى وفاء يقوم به المدين، فتحقيقاً للمساواة بينهم لا يجوز القيام بأى إجراء يفضل أحدهم على الآخرين(١).

٣- قرر المشرع حماية للدائنين توقيع عقوبة التبديد على المدين إذا إرتكب عملاً من أعمال الغش البيِّن إضراراً بدائنيه، كما إذا تعمد الإعسار بقصد الإضرار بدائنيه أو أخفى بعض أمواله أو إصطنع ديوناً صورية(٢).

٤- قرر المشرع كذلك رعاية لمصلحة المدين أن يمنع التنفيذ على بعض أمواله الضرورية لمعيشته، وأجاز لرئيس المحكمة المختصة بشهر الإعسار أن يقرر للمدين، بناء على عريضة يقدمها، نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة. وللمدين أن يتظلم من هذا التقدير إذا رآه غير كاف(٣).

---

(١) م٢٥٧، ٢٥٨ مدني.

(٢) وتعبر المادة ٢٦٠ مدني علي ذلك بقولها: يعاقب المدين بعقوبة التبديد في الحالتين الآتيتين:

١- إذا رفعت عليه دعوي بدين فتعمد الإعسار بقصد الإضرار بدائنيه، وإنتهت الدعوي بصدور حكم عليه بالدين وشهر إعساره.

٢- إذا كان بعد الحكم بشهر إعساره، أخفي بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها، أو إصطنع ديوناً صورية أو مبالغاً فيها، وذلك كله بقصد الإضرار بدائنيه.

(٣) وتنص المادة ٢٥٩ مدني علي ذلك بقولها: إذا أوقع الدائنون الحجز علي إيرادات المدين، كان لرئيس المحكمة المختصة بشهر الإعسار أن يقرر للمدين، بناء علي عريضة يقدمها، نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة. ويجوز التظل من الأمر الذي يصدر علي هذه العريضة في مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره إن كان التظلم من المدين، ومن تاريخ إعلان الأمر للدائنين إن كان التظلم منهم.

**(ب) آثار شهر الإعسار بالنسبة للدائنين:**

١- يترتب على الحكم بشهر الإعسار أن يحل كل ما فى ذمة المدين من ديون مؤجلة، أى يستطيع الدائنون المؤجلة ديونهم أن يشاركوا أصحاب الديون الحالة فى التنفيذ فوراً على أموال المدين. ويخصم من الديون التى حلت مقدار الفائدة الإتفاقية أو القانونية عن المدة التى سقطت بسقوط الأجل. ذلك أنه إذا لم يكن فى إستطاعة الدائنين المؤجلة ديونهم أن ينفذوا على أموال المدين فور الوقت بفضل سقوط الأجل، أدى هذا إلى تقدم ذوى الديون المستحقة عليهم.

ومع ذلك يجوز للقاضى أن يحكم، بناء على طلب المدين وفى مواجهة ذوى الشأن من دائنيه، بابقاء الأجل أو مده بالنسبة إلى الديون المؤجلة، كما يجوز له أن يمنح المدين أجلاً بالنسبة إلى الديون الحالة، إذا رأى أن هذا الإجراء تبرره الظروف، وإنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعاً[١].

٢- لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى إختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل[٢]، وذلك تحقيقاً لمبدأ المساواة بين الدائنين. أما إذا كان حق الإختصاص سابقاً على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار، فإنه ينفذ بطبيعة الحال فى مواجهة كافة الدائنين. ويجب لإثبات أسبقية حقوق الدائنين أن تكون ثابتة التاريخ قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار. وإذا تم تقرير حق إختصاص لأحد الدائنين بعد تسجيل الصحيفة، فإن فائدته تنحصر فى إمكان الإحتجاج به على

---

(١) م٢٥٥ مدني.

(٢) م٢٥٦ مدني.

الدائنين الذين تنشأ حقوقهم بعد إنتهاء حالة الإعسار.

٣- لا يحول شهر الإعسار دون إتخاذ الدائنين لإجراءات فردية ضد المدين[١]، وتلك هى السمة الرئيسية التى تميز نظام الإعسار عن نظام الإفلاس فى القانون التجارى، فالإفلاس يؤدى إلى رفع يد المدين المفلس عن إدارة أمواله حيث تنتقل إلى السنديك، ويجتمع الدائنون لإتخاد إجراءات جماعية للتنفيذ على أموال المدين، أى يتم إجراء تصفية جماعية لتلك الأموال، دون أن يكون هناك تمييز لدائن على آخر.

أما نظام الإعسار فلا يتضمن تلك الإجراءات الجماعية ويظل المدين المعسر محتفظاً بإدارة أمواله، ويجوز لكل دائن أن يتخذ الإجراءات الفردية ضد المدين. فعقب شهر الإعسار يمكن لكل دائن أن يقوم بالحجز على أموال المدين. ولكن علانية شهر الإعسار تؤدى، من الناحية العملية، إلى تنبيه الدائنين، حيث يتقدمون جميعاً للإشتراك فى التنفيذ على أموال المدين.

## المطلب الثالث

## إنتهاء حالة الإعسار

تنتهى حالة الإعسار، إما بحكم قضائى وأما بقوة القانون. ويترتب على إنتهائها فى الحالتين نفس الآثار.

### (أ) إنتهاء حالة الإعسار بحكم القاضى:

تنتهى حالة الإعسار بحكم تصدره المحكمة الإبتدائية التى يتبعها موطن المدين متى زال السبب الذى شهر من أجله الإعسار، فيتحقق ذلك فى الحالتين الآتيتين:

---

(١) م٢٥٦ مدني.

١- إذا أصبحت ديون المدين لا تزيد على أمواله، أى أن تلك الأموال تصبح كافية للوفاء بجميع ديونه، ما كان منها مستحقاً وقت شهر الإعسار أو ما كان مؤجلاً وحل بسقوط الأجل بسبب شهر الإعسار. ويتحقق ذلك إما بزيادة أموال المدين عن طريق الميراث والوصية، وإما بنقص ديونه نتيجة إبراء بعض الدائنين المدين من بعض ديونه.

٢- إذا قام المدين بوفاء ديونه التى حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر فى حلولها، وهى الديون التى كانت حالة وقت طلب إنهاء حالة الإعسار، سواء كانت حالة وقت شهر الإعسار أو حلت بعد ذلك بإنقضاء أجلها. أما الديون التى حل أجلها بسبب شهر الإعسار، فلا تدخل فى الحساب.

ويصدر الحكم بإنهاء حالة الإعسار بناء على طلب ذوى الشأن، كالمدين أو خلف آل إليه مال من المدين، كالمتصرف إليه حيث يستطيع، بإنهاء حالة الإعسار، الرجوع على المدين وهو غير معسر طبقاً للتصرف المبرم بينهما لأن هذا التصرف، وإن كان لا يسرى فى حق الدائنين، يظل قائماً فيما بين المدين ومن تصرف له. ويمكن أن يطلب إنهاء حالة الإعسار كذلك الدائن صاحب المصلحة «كما إذا كان دينه فى الأصل وشيك الحلول، ثم حل هو وغيره من الديون المؤجلة بسبب شهر الإعسار. فإذا إنتهت حالة الإعسار بتوفية الديون الحالة، رجعت آجال الديون المؤجلة. ولما كان أجله وشيك الحلول، كما قدمنا، فإنه يستوفى الدين قبل غيره من أصحاب الديون المؤجلة».

وتتبع فى الحكم بإنتهاء حالة الإعسار نفس الإجراءات الخاصة بحكم شهر الإعسار. فهو يصدر من المحكمة الإبتدائية التى يقع فى دائرتها آخر محل (موطن) للمدين، ولا يتحتم صدوره من المحكمة التى

أصدرت حكم شهر الإعسار، ويقبل الطعن فيه بالطرق نفسها ، ولكن في المواعيد العادية، لأن المدد القصيرة لا يلجأ إليها إلا حيث تقتضى ذلك ضرورة الإستعجال عند شهر الإعسار.

ومتى صدر الحكم بإنهاء حالة الإعسار، فإنه يجب تسجيل هذا الحكم إدارياً في اليوم الذي يصدر فيه، حتى تتحقق العلانية. ويتم ذلك بتأشير كاتب المحكمة من تلقاء نفسه بالحكم الصادر بإنتهاء حالة الإعسار يوم صدوره على هامش التسجيل المقيد في السجل الخاص بالمحكمة ذاتها ، ويجب على الكاتب أن يرسل صورة من الحكم إلى قلم كتاب محكمة القاهرة للتأشير به كذلك في السجل العام المحفوظ في هذه المحكمة[1].

**(ب) إنتهاء حالة الإعسار بقوة القانون:**

تنتهي حالة الإعسار بقوة القانون متى إنقضت خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار[2]، حتى ولو كان السبب الذي أشهر الإعسار من أجله لازال قائماً، أي ولو لم تكن للمدين أموال تكفي لسداد ديونه. والحكمة من ذلك عدم إطالة حالة الإعسار لما فيها من قيود على المدين المعسر، ويكفي الدائنين مدة الخمس سنوات للقيام خلالها بتصفية أموال المدين.

**(جـ) آثار إنتهاء حالة الإعسار :**

يترتب على إنتهاء حالة الإعسار زوال الآثار التي ترتبت على شهره، وينبني على ذلك:

---

(١) م٢٦١ مدني.

(٢) م٢٦٢ مدني.

١- يستعيد المدين حق التصرف فى أمواله، وتكون تصرفاته نافذة فى مواجهة دائنيه. ولا يصبح المدين معرضاً لعقوبة التبديد. وتنقطع النفقة التى قد تكون قدرت له.

٢- لا يترتب على إنتهاء حالة الإعسار بحكم أو بقوة القانون حرمان الدائنين من الطعن فى تصرفات المدين بالدعوى البوليصية أو إستعمال حقوقه بالدعوى غير المباشرة.

٣- «يمكن لمن يحصل من الدائنين على حق إختصاص بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار، أن يحتج به على من تنشأ ديونهم بعد حالة الإعسار. ذلك أنه إبتداء من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا ينفذ أى إختصاص يرتب على عقارات المدين فى حق دائنيه ذوى الديون الثابتة التاريخ قبل هذا التسجيل، حتى تتحقق المساواة بين الدائنين السابقة حقوقهم على تلك الدعوى، على نحو يقيلهم من عناء التزاحم والتدافع. ويكون لحق الإختصاص، فيما عدا ذلك، جدواه بالنسبة للدائنين من أصحاب الحقوق السابقة على الدعوى، فيما لو إنتهت حالة الإعسار.

٤- يجوز للمدين بعد إنتهاء حالة الإعسار أن يطلب إعادة الديون التى كانت قد حلت بسبب شهر الإعسار ولم يتم دفعها إلى آجالها السابقة، بشرط أن يكون قد وفى ديونه التى حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر فى حلولها[1].

---

(١) م٢٦٣، ٢٦٤ مدني.

# الفصل الرابع

# وسائل حماية الائتمان

تزداد أهمية نظرية التأمينات فى العصر الحاضر مع إزدياد حجم العلاقات الاقتصادية وتنوعها، ويرتبط إزدهار النشاط التجارى بعنصر الائتمان الذى يلعب دوراً بالغ الأهمية فى المعاملات المالية والحياة الاقتصادية بصفة عامة[١].

والائتمان يعنى الثقة، ويراد به حصول الشخص على قيمة معينة (نقود أو بضائع أو خدمات..) مع الالتزام بردها أو رد مقابلها خلال مدة معينة. ولا يمنح الدائن مثل هذا الائتمان إلا للمدين الموثوق فيه. وتنبع الثقة فى المدين من خلال شخصه ومعاملاته أو ما يكون لديه من أموال أو ما يقدمه للدائن من ضمانات تكفل له الوفاء بحقه.

ويعد الائتمان وسيلة هامة لتمويل مشروعات الانتاج سواء برؤوس الأموال اللازمة أو البضائع والخدمات، ويتم هذا التمويل مع منح المدين أجلاً للوفاء به، ويقتضى منح هذا الأجل الثقة وتقديم الضمان أو التأمينات التى تطمئن الدائن فى الحصول على حقه. لذا تعد التأمينات خطوة إيجابية نحو إنتعاش وإستقرار العلاقات المالية بين الافراد حيث تؤمنهم من مخاطر الائتمان التى تهددهم وما قد يستتبع ذلك من تقليص حجم التعامل وركود الاقتصاد القومى.

وامام الحاجة الماسة للائتمان، وعجز نظم التأمينات التقليدية عن تغطيته، بحث الدائنون على ضمانات أخرى إضافية أو بديلة .

تم اللجوء الى الحماية الجنائية عن طريق تحرير شيكات بالمديونية،

---

(١) أنظر مؤلفنا في النظرية العامة للائتمان، ٢٠٠١.

وإنقلب الشيك من وسيلة وفاء الى إداة إئتمان مما حدا بالمشرع الى التدخل وإعادة الامور الى نصابها، وأصبح الشيك مستحقًا بمجرد الاطلاع بغض النظر عن التاريخ، وتم وقف التعامل بالشيكات غير البنكية[1]. فقد الشيك دوره فى حماية الائتمان مما دفع البعض الى التشبث بالحماية الجنائية من خلال تحرير إيصالات أمانة بالمديونية، لكن القضاء يتشدد فى إعتبار تلك المحررات على سبيل الامانة أمام وضوح طابع الصورية فيها.

ترتب على ذلك حتمية اللجوء الى الحماية المدنية والبحث عن سبل بديلة للتأمينات التقليدية تتسم بالسرعة والمرونة والفاعلية الواجبة للمعاملات الجارية.

نعرض بادئ ذى بدء، للضمان العام للدائنين ووسائل حمايته والمراكز المتميزة لبعض الدائنين، مع الاشارة الى التأمينات الشخصية والعينية، ثم نبين الضمانات الأخرى لحماية الائتمان.

## المبحث الاول

## الضمان العام للدائنين

### (أ) الضمان العام على أموال المدين:

تعتبر أموال المدين هى الضمان العام للدائنين بمعنى أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، فإذا لم يف المدين بالتزامه، كان للدائن، أن يقتضى حقه بالتنفيذ الجبرى على أى مال من اموال المدين.

ويتميز الضمان العام بخصيصتين رئيسيتين هما:

---

(١) قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، ويعمل بالأحكام الخاصة بالشيك إعتباراً من أكتوبر ٢٠٠٠، إلا أنه تم إرجاء العمل بتلك الأحكام لمدة عام آخر.

**الأولـى:** أنه عام يرد على كل أموال المدين، ولا ينصب على مال معين بالذات، وعلى هذا يستطيع الدائن أن يستوفى حقه بالتنفيذ على أى مال من الأموال المملوكة للمدين وقت نشوء الدين، أو أية أموال أخرى يكسبها المدين بعد ذلك، هذا باستثناء الاموال التى لا يجوز الحجز عليها.

ويترتب على ذلك حرية المدين، كقاعدة عامة، فى التصرف فى أى مال من أمواله، ويخرج من ذمته لان حق الدائن لا يرتبط بمال معين بل يرد على أموال المدين كمجموعة واحدة، وتنفذ تصرفات المدين فى حق الدائنين، دون أن يكون لهم الاعتراض على هذه التصرفات، أو سلطة تتبع المال المتصرف فيه فى يد من انتقل إليه. وقد يترتب على تصرفات المدين زيادة أمواله وتقوية الضمان العام، وقد يكون من شأن هذه التصرفات إنقاص أموال المدين وإضعاف الضمان مما يضر بحقوق الدائنين.

**الثانية:** أنه مشترك بين سائر الدائنين، أى أن جميع الدائنين متساوون فيما لهم من الضمان العام. فلا يمتاز أحدهم عن الآخرين، فكل أصحاب الحقوق الشخصية سواسية فى هذا الشأن، أى لا أولوية لأحدهم على الآخر، لا فرق فى ذلك بين دائن نشأ حقه فى تاريخ متقدم ودائن نشأ حقه فى تاريخ لاحق.

مؤدى ذلك أن الدائنين تكون لهم نفس المرتبة فى إستيفاء حقوقهم، فاذا إتسعت لهم جميعا أموال المدين، إستوفوا حقوقهم كاملة، أما إذا لم تكف أموال المدين للوفاء بجميع ديونه، فانهم يتقاسمونها كل بنسبة حقه، أى أن الأموال تقسم بين الدائنين قسمة غرماء بحيث يستوفون ديونهم من جميع أموال المدين بنسبة مقدار دين

كل واحد منهم.

ويترتب على ذلك أنه اذا كان المدين معسراً ، فان الدائن لن يحصل إلا على جزء من حقه، وإذا تخلف أحد الدائنين أو بعضهم، فلن يتبقى له شئيًا من أموال المدين للتنفيذ عليه لأن هذه الأموال سيكون قد تم توزيعها على الدائنين المتقاسمين.

**(ب) وسائل حماية الضمان العام:**

قرر المشرع للدائن عدة وسائل لحماية الدائنين من التصرفات التى قد يجريها المدين إضراراً بحقوقهم.

**أولاً:** يجوز للدائن إتخاذ بعض الاجراءات التحفظية أو الاحتياطية، كتوقيع الحجز التحفظى على أموال المدين، أو التدخل فى إجراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينه، وطلب إتخاذ بعض الاحتياطات للتحفظ على تركة المدين، ووضع الأختام على أموال المدين أو تحرير محضر جرد بها عند موته أو افلاسه.

**ثانياً:** هناك عدة طرق وضعها القانون أمام الدائن للمحافظة على الضمان العام.

**١- الدعوى غير المباشرة:** التى تهدف إلى حماية الدائن من تقصير مدينه عن طريق تمكين الدائن من أن يباشر بنفسه حقوق المدين ودعاواه نيابة عنه، فاذا كان للمدين مثلا حق فى مطالبة الغير بتعويض عن ضرر أصابه أو أهمل فى هذه المطالبة، إستطاع أحد دائنيه أن يقوم بذلك مكانه، فاستعمال الدائن حقوق مدينه على هذا الوجه يقصد به المحافظة على أموال المدين تمهيداً للتنفيذ عليها ، فالدعوى غير المباشرة تعد وسيلة لحماية حق الدائن فى الضمان العام من أن ينتقص نتيجة قعود المدين عن إستعمال بعض حقوقه أو المطالبة بها .

**٢- الدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرف:** وتشترك مع الدعوى غير المباشرة فى الهدف، ألا وهو المحافظة على أموال المدين، ولكن فى حين أن الدعوى غير المباشرة يقصد منها تأمين الدائن ضد خطر إهمال المدين وتقصيره، فإن الدعوى البوليصية تهدف إلى حماية الدائن من خطر أكبر الا وهو تصرفات المدين التى يجريها إضراراً به، كأن يقوم ببيع أمواله بثمن بخس ثم يقوم بتهريب ما قبض من ثمن وذلك فراراً من تنفيذ الدائنين على المال.

**٣- دعوى الصورية:** التى يستطيع بها الدائن أن يقى نفسه غش المدين المتمثل فى محاولة إبعاد بعض أمواله، عن طريق إبرام تصرفات صورية، عن ضمان الدائنين، فيمكن للدائن ان يطعن فى هذه التصرفات ليستبقى المال الذى خرج ظاهريًا، فى ذمته تمهيداً للتنفيذ عليه بحقه.

٤- يستطيع الدائن طلب **شهر إعسار المدين** اذا كانت أمواله لا تكفى لوفاء ديونه المستحقة الأداء، وذلك بغل يده عن التصرف فى أمواله بصورة تضر الدائنين، ومنعه من القيام باجراء يفضل أحدهم عن الآخرين(١).

**(جـ) عدم كفاية الضمان العام ووسائله لحماية الدائنين:**

١- إن الضمان العام لا يقدم للدائن الحماية الكافية والتأمين الكامل لاستيفاء حقه الذى قد يضيع كلياً أو جزئيًا بسبب إعسار المدين أو بسبب مزاحمة باقى الدائنين له فى إستيفاء حقوقهم،أو لمجرد تخلفه لسبب أو لآخر عن المشاركة فى التنفيذ على أموال المدين.أضف الى ذلك أن الضمان العام لا يقى الدائنين مخاطر التصرفات الضارة التى قد يجريها المدين ويترتب عليها إنقاص حقوقه أو زيادة التزاماته.

---

(١) أنظر المواد ٢٣٤: ٢٤٥ مدني. ومؤلفنا في أحكام الإلتزام، بيروت ٢٠٠٠ .

٢- ولا تكفى الوسائل السابقة التى وضعها القانون تحت تصرف الدائن، فالدعاوى الثلاث (الغيرة مباشرة، البوليصة، الصورية) لا تقى تهاون المدين فى تقاضى حقوقه أو التصرف فى أمواله غشًا بدائنيه لان شروط ممارسة هذه الدعاوى كثيرة ومعقدة وصعبة الاثبات خاصة فيما يتعلق باثبات التواطؤ أو الغش أو الصورية. أضف الى ذلك أن ما ينتج عن ممارسة هذه الدعاوى لا يستأثر به الدائن الذى باشرها بل يتساوى فيه جميع الدائنين، مما يعرضه الى الدخول معهم فى قسمة غرماء ولا يحصل بالتالى إلا على جزء من حقه.

٣- وكذلك الحال بالنسبة لنظام الاعسار حيث يترتب عليه ضمان مساواة الدائنين، إلا أنه لا يضمن للدائن الوفاء الكامل لحقه لأن المال يقسم بين الدائنين قسمة غرماء .

## المبحث الثاني

## المراكز المتميزة لبعض الدائنين

يوجد الدئن العادى، أحيانا، فى مركز متميز، يمكنه من إستيفاء حقه دون مزاحمة الدائنين الآخرين له. هذا المركز لا يقصد به تحقيق ضمانة خاصة للدائن ولا يكسبه صفة الدائن الممتاز، بل هو حالة فعلية يوجد فيها الدائن مصادفة، مثل المقاصة والحق فى الحبس والدعوى المباشرة[1].

### ١- الدعوى المباشرة:

حيث يخول المشرع الدائن، أحيانًا، دعوى مباشرة ضد مدين مدينه، ويصبح بمقتضاها دائنا شخصياً لمدين مدينه، وله أن يستأثر

(١) المواد ٢٤٦: ٢٤٨، ٣٦٢:٣٦٩ وإنظر مؤلفنا السابق.

بالحق الذى لمدينه فى ذمة مدين المدين. يسعى الدائن بطريقة مباشرة وباسمه الشخصى إلى مدين مدينه يسأله الوفاء بما هو مستحق له، ولكن ليس للدائن ان يطالب المدين باكثر مما هو مستحق عليه.

تحقق هذه الدعوى للدائن ضماناً أكيداً لأنه يطالب بحق له، ويستأثر بحصيلتها، ويصبح بذلك بمثابة دائن له إمتياز فى إسيفاء حقه من الحق الثابت لمدينه فى ذمة الغير، ولا يشاركه الدائنون الآخرون فى ذلك، وبالتالى يتجنب الدائن خطر اعسار المدين، وكذا خطر مزاحمة الدائنين العاديين له.

ولكن لا توجد نظرية عامة للدعوى المباشرة فى القانون المدنى، فهى لم تتكرر الا فى مواضع متفرقة بنصوص خاصة، لذا لا يجوز إستعمال هذه الدعوى إلا فى الحالات التى وردت فى التشريع. مثال ذلك علاقة المؤجر بالمستأجرمن الباطن، وعلاقة المقاول من الباطن والعمال مع صاحب العمل، وعلاقة الموكل بنائب الوكيل.

**٢- المقاصة:**

حيث تفترض ان المدين قد صار دائنًا لدائنه، ومن ثم تجتمع فى كل من طرفى الالتزام صفة الدائن والمدين فى نفس الوقت، فينقضى الدينان بقدر الاقل منهما. وللمقاصة وظيفة مزدوجة، فهى أداة وفاء وأداة ضمان، حيث تحقق نوعاًمن الضمان للدائن، لأنها تمكنه من إسيفاء حقه مما يجب عليه لمدينه، وهو بذلك يتفادى مخاطر إعسار المدين ومزاحمة باقى الدائنين له، ويتجنب مشاركتهم له، ومن ثم فهو يتمتع بنوع من الأولوية والتقدم عليهم. ولكن لا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بالحقوق التى كسبها الغير. مثال ذلك الدائن الذى يسبق فى توقيع

الحجز تحت يد المدين.

### ٣- الحق فى الحبس:

يستطيع الدائن أن يحبس المال أو الشئ الموجود تحت يده للمدين حتى يستوفى حقه المرتبط بهذا الشئ، فهو ضمان خاص أعطاه القانون لكل دائن يكون مديناً فى ذات الوقت لمدينه. يفترض الحق فى الحبس أن هناك شخصين أحدهما يحوز شئًا عليه أداؤه للآخر، وله فى نفس الوقت حق عليه مرتبط بالتزامه هذا، فيكون له أن يحبس الشئ الذى يلتزم بادائه حتى يستوفى حقه. مثال ذلك حبس البائع الشئ المبيع حتى يستوفى الثمن، وأن يحبس المودع لديه الوديعة حتى يتقاضى أجره وما أنفقه فى حفظها.

ولكن الحق فى الحبس لا يحقق لصاحبه، من الناحية القانونية، الحماية الكاملة لان مجرد الحق فى حبس الشئ لا يثبت للحابس أفضلية قانونية فى إستيفاء حقه منه، وبالأولوية، على الدائنين الآخرين. وعلى هذا فاذا قام الدائن الحابس بالتنفيذ على المال المحبوس لأستيفاء حقه فإنه لا يتمتع بأولوية على ثمنه، بل يتعرض لمزاحمة باقى الدائنين حيث يقتسمون معه الحصيلة قسمة غرماء. ولكن الحابس يوجد، من الناحية الواقعية، فى مركز يمكنه من إستيفاء حقه، حيث يستطيع، عملاً، حبس الشئ، حتى يستوفى حقه أو يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا الحق، ولكن الأمر يتطلب توافر شروط الحق فى الحبس من جهة، ويقع، من جهة أخرى، على عاتق الحابس الكثير من الالتزامات فيما يتعلق بالمحافظة على الشئ المحبوس وصيانته.

## المبحث الثالث

## التأمينات الشخصية والعينية

أمام ضعف الضمان العام وعدم كفايته، كان الدائن فى حاجة الى تأمين خاص يضمن له استيفاء حقه بالكامل، متوقياً بذلك إعسار المدين، ومزاحمة باقى الدائنين. ويتحقق التأمين الخاص فى صورتين:

**(أ) التأمين الشخصى:**

ويتمثل فى ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلى لضمان الوفاء بحق الدائن، إذ يلتزم شخص آخر بالدين مع المدين، فيصبح أمام الدائن مدينان أو أكثر بدلاً من واحد، ويتعدد بذلك المسئوولون عن الدين، ويتعدد بالتالى الضمان العام للدائن، فإذا أعسر المدين رجع الدائن على المسئولين معه عن الوفاء بالدين. والشخص الذى يضم ذمته المالية الى ذمة المذين، قد يكون مديناً بصفة أصلية، وقد يكون مديناً بصفة إحتياطية.

**١- المسؤول مع المدين بصفة أصلية:** يتحقق لك فى عدة صور:

**الأولى:** التضامن بين المدينين حيث توجد أكثر من ذمة تضمن الوفاء بالدين، ويستطيع الدائن أن يرجع على أى من المدينين لاستيفاء حقه دون الالتزام بترتيب معين، ويكون كل مدين منهم مسئوولا عن كل الدين. والتضامن لا يفترض، ولا يقوم فى المسائل المدنية إلا بناء على أتفاق أو نص فى القانون. ويفترض التضامن فى المعاملات التجارية.

**الثانية:** عدم قابلية الالتزام للانقسام، فقد يتم الاتفاق على عدم إنقسام الدين بين المدينين المتعددين، فهنا يكون كل منهم ملزماً بوفاء الدين كاملاً، ويجوز للدائن أن يطالب أياً منهم بالدين كله، وله أن

يطالبهم جميعاً، ويكون لمن يوفى بالالتزام حق الرجوع على سائر المدينين- كما هو الحال بالنسبة للتضامن بين المدينين- كل بقدر حصته.

**الثالثة:** الانابة الناقصة، حيث يلتزم فيها شخص آخر، بعد رضاء الدائن، بوفاء الدين مكان المدين الأصلى، ويقوم الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول، ومن ثم فهى تقدم تأميناً للدائن.

**٢- المسؤول مع المدين بصفة احتياطية:** يكون ذلك فى حالة الكفالة الشخصية حيث يتعهد الكفيل أمام الدائن بالوفاء بالدين إذا أعسر المدين، ومن ثم لا يستطيع الدائن الرجوع على الكفيل إلا بعد مطالبة المدين والتنفيذ على كل أمواله.

**(ب) التأمين العينى:**

ويتمثل فى تخصيص مال معين بالذات لضمان الوفاء بحق الدائن، ويصبح للدائن على هذا المال حقاً عينياً تبعياً يعطيه الحق فى إستيفاء دينه من ثمنه بالأولوية على سائر الدائنين الآخرين. ويكون للدائن إلى جانب الضمان العام تأمين عينى خاص على عين معينة، ويستطيع أن يتتبعها فى أى يد تكون لاقتضاء حقه، حتى لو تصرف فيها المدين وإنتقلت ملكيتها إلى غيره. والتأمين العينى قد يكون فى صورة رهن رسمى أو حيازى، أو فى صورة إختصاص أو إمتياز.

ويعتبر التأمين العينى من قبيل الحقوق العينية التى تخول صاحبها سلطة مباشرة على الشئ المثقل بها بغض النظر عن مالك هذا الشئ الذى قد يكون المدين نفسه أو شخص آخر، وهو حق عينى تبعى لأنه لا يوجد لذاته بل لضمان حق شخصى فيكون تابعاً له ويدور معه وجوداً وعدماً، ويتبعه فى نشأته وإنقضائه. وصفة التبعية تنطبق على

التأمينات الخاصة بنوعيها الشخصية والعينية، فسواء كنا بصدد كفالة أو رهن فلا بد من قيام حق شخصى لضمانه، فإذا إنقضى هذا الحق إنقضى معه الرهن أو الكفالة.

إلا أن التأمينات العينية تتميز عن التأمينات الشخصية بعدة مزايا، جعلتها تحتل مكانة هامة فى توفير الإئتمان اللازم للحياة الاقتصادية، وتتمثل هذه المزايا فى:

١- يكون لصاحبها ميزة الأفضلية أو الأولوية فى إستيفاء حقه من المال المثقل بالتأمين العينى، أى أن الدائن يتقدم على غيره من الدائنين فى أقتضاء حقه. ويلاحظ أن وجود التأمين العينى لا يسلب الدائن حقه فى الضمان العام على مجموع أموال المدين، فهو يستطيع أن ينفذ على أى من هذه الأموال، إلا أنه يتعرض لمزاحمة سائر الدائنين.

٢- يستطيع الدائن صاحب التأمين العينى أن يتتبع المال المحمل بالتأمين لاقتضاء حقه منه وذلك يالتنفيذ عليه فى أى يد كان، إذا تصرف فيها المدين للغير.

٣- يظل المال المثقل بالحق العينى التبعى مملوكاً لصاحبه، ويكون حر التصرف فيه، إلا أنه ينتقل إلى الغير محملاً بهذا الحق.

٤- توفر التأمينات العينية الثقة للدائن، حيث تقدم له ضماناً خاصاً يشجع على إئتمان المدين، وذلك بتقديم المال الذى يلزمه ومنحه الأجل الكافى للسداد، ويؤثر ذلك بلا شك فى زيادة المعاملات المالية ورواج التبادل والنشاط الاقتصادى.

**(جـ) المقارنة ين نوعى التأمينات(الشخصية والعينية):**

١- تشترك التأمينات الشخصية والعينية فى خاصية التبعية،

حيث أنها لا توجد مستقلة، بل تنشأ بالتبعية لحق شخصى، فهى توجد لضمان الوفاء بالحقوق الشخصية أياً كان موضوعها أو سببها، فيجوز ضمان الحق الشخصى الذى يكون موضوعه نقل حق عينى أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. فالمقاول يمكن أن يقدم كفالة أو رهناً لضمان تنفيذ التزامه بالعمل الذى تعهد بالقيام به. ويجوز ضمان الحق الناتج عن العقد أو الفعل الضارأو الفعل النافع أو القانون. فالمتعاقد يمكن أن يقدم كفيلاً أو رهناً لضمان تنفيذ التزاماته الناتجة عن لعقد، ونفس الشئ بالنسبة للمسؤول عن العمل غير المشروع لضمان إلتزامه بالتعويض، إلا أنه من الملاحظ عملياً أن التأمين الخاص ينشأ لضمان الوفاء بمبلغ من النقود.

ويترتب على تبعية التأمين الخاص للحق الشخصى أنه يدور معه وجوداً وعدماً فهو ينشأ لضمانه، وينتقل معه كما فى حالة الحوالة التى تشمل الحق بضماناته، وينقضى بانقضائه ويتبعه فى صحته وبطلانه، فالتأمين الخاص لا يكون صحيحاً إلا إذا كان الحق الذى يضمنه صحيحاً.

٢- كانت التأمينات الشخصية أسبق فى الظهور من التأمينات العينية، فقد كانت الصلة القوية بين أفراد العائلة تيسر على المدين أن يقدم إلى الدائن من يلتزمون بوفاء الدين معه. أضف إلى ذلك أن ضعف قيمة المنقولات، والملكية المشتركة للعقارات، كأثر لملكية الأسرة، وإعتبار الحائز مجرد نائب عن أفراد الأسرة فى الحيازة، كان سبباً فى صعوبة ظهور نظام التأمين العينى.

إلا أنه بفضل استقرار نظام الملكية الفردية، وتزايد قيمة الثروات المنقولة، تقدمت نظم التأمينات العينية، وأصبح من السهل ورودها على المنقول والعقار سواء من خلال الشهر أو الحيازة، بل أن هذه النظم

أصبحت أكثر أهمية بالنسبة للدائن من التأمينات الشخصية لأنها تجنبه خطر إعسار المدين ومن يلتزمون بالوفاء بالدين إلى جانبه، وتحصنه من قاعدة قسمة الغرماء، وتمكنه من تتبع المال المحمل بحقه فى أى يد تكون.

٣- يعتبر التأمين العينى إستثناء على قاعدة المساواة بين الدائنين، لذا فهو لا ينشأ إلا فى الصورة التى أباحها القانون، وعلى هذا فإن التأمينات العينية ترد فى القانون على سبيل الحصر، ومن ثم لا يجوز القياس عليها أو التوسع فى تفسيرها.

أما التأمينات الشخصية فتعتبر تطبيقاً لمبدأ المساواة بين الدائنين فى الضمان العام لذا فهى يمكن أن تنشأ فى أى شكل يرتضيه الأطراف بشرط ألاينطوى ذلك على مخالفة للنظام العام والآداب. لهذا نلاحظ تطوراً وإزدهاراً ملحوظاً فى نظام التأمينات الشخصية فى مجال التجارة والمعاملات، ويبدو ذلك واضحاً فى تطور عمليات البنوك والائتمان وما تقدمه لعملائها من ضمانات فى التعامل.

### (د) أنواع التأمينات الشخصية والعينية:

لعل أهم أنواع التأمينات الشخصية هو الكفالة، فهى التنظيم النموذجى للتأمين الشخصى، وهى التى تنصب عليها الدراسة فى هذا الصدد، باعتبار أن الأنواع الأخرى من التأمينات الشخصية ترد دراستها ضمن النظرية العامة للالتزام.

وقد عالج القانون المدنى الكفالة فى الكتاب الثانى المخصص للعقود المسماه. باعتبارها من تلك العقود، حيث أوردها فى الباب الخامس(المواد ٧٧٢إلى٧٨١).

أما التأمينات العينية فتتنوع بحسب مصدرها أو محلها أو

بحسب حيازة المال التى ترد عليه.

فمن حيث المصدر هناك التأمينات الاتفاقية التى تنشأ عن طريق العقد وهى الرهن الرسمى والرهن الحيازى، وهناك التأمينات القضائية التى يقررها القاضى وينطبق ذلك على حق الاختصاص. وأخيراً هناك التأمينات القانونية حيث يكون مصدرها القانون ويتمثل ذلك فى حقوق الامتياز.

ومن حيث المحل هناك التأمينات التى ترد على العقار فقط وهى الرهن الرسمى والاختصاص، وثمة تأمينات ترد على المنقول أو العقار وهى الرهن الحيازى وحقوق الامتياز.

وأخيراً فأن التأمينات العينية تنقسم من حيث حيازة المال الذى ترد عليه إلى تأمينات تقتضى وضع المال فى حيازة الدائن وهى الرهن الحيازى، وثمة تأمينات لا تقتضى نقل الحيازة، بل يظل المال محملاً بالتأمين وهو فى حيازة المدين أو غيره، وينطبق ذلك على الرهن الرسمى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز.

خصص المشرع الكتاب الرابع من القانون المدنى للتأمينات العينية، وعنونه بالحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية وقسمه إلى أربعة أبواب كرسها على التوالى للرهن الرسمى، وحق الاختصاص، والرهن الحيازى، وحقوق الامتياز. وعلى هذا فأنه يمكن القول بوجود نظرية متكاملة للتأمينات فى القانون المصرى.

**(هـ) جدوى التأمينات الشخصية والعينية:**

لا شك فى أهمية التأمينات السابقة فى ضمان حق الدائن، حيث يضعه التأمين العينى فى مركز متميز عن غيره من الدائنين ويقيه مخاطر إعسار المشترى، وهو أيضاً يتقى تلك المخاطر من خلال كل من

التأمين والكفالة، خاصة إذا كانت مصرفية.

إلا أنه ليس من السهل دائماً الحصول على تلك التأمينات حيث يصعب على المدين، غالباً، تقديمها سواء لعدم توافرها أو لارتفاع تكلفتها، فقد لا يجد المدين كفيلاً يكفله أو مالاً يقدمه رهناً. ويشكل التأمين عبئًا مالياً على المدين الذى غالباً ما يكون فى حاجة كبيرة إلى الائتمان.

أضف إلى ذلك ما تنطوى عليه الضمانات السابقة من بعض المخاطر والعيوب، فالتأمينات العينية قد تسبقها حقوق أخرى كحقوق الامتياز العامة والرهون وحقوق الامتياز الخاصة الأسبق فى القيد، يقتضى الرهن الرسمى العديد من الاجراءات القانونية كالقيد والتجديد وإجراءات بيع العقار. يلقى الرهن الحيازى على عاتق الدائن عدة التزامات تتعلق بحفظ وإستغلال المال المرهون. تتوقف جدوى الكفالة على مدى يسر وملائمة الكفيل الذى قد يتعرض هو الآخر للاعسار.

لكل ذلك كان من الضرورى البحث عن وسائل أخرى لحماية الائتمان.

## المبحث الرابع

## الضمانات الأخري لحماية الائتمان

أدى اتساع نطاق الائتمان وتزايد أهميته فى العصر الحاضر إلى الاقبال المتزايد على التأمينات وإستحداث صور جديدة للضمان، فقد تطورت المعاملات الاقتصادية والمصرفية والمشروعات المشتركة، وعجزت التأمينات التقليدية عن مواجهة تلك الحاجة نظراً لما تنطوى عليه من وقت ونفقات نتيجة إشتراط الرسمية أو إتخاذ إجراءات الشهر والعلانية من جهة وبسبب إجراءات الحجز والتنفيذ والبيع بالمزاد من جهة أخرى،

أضف إلى ذلك أن بعض التأمينات، مثل الرهن الحيازى، قد يؤدى إلى عرقلة تداول الأموال، بل ويصعب توفيرها فى كثير من الأحيان.

كشف العمل عن ظهور وسائل أخرى للضمان تختلف فى قوتها ومداها بحسب حاجة الدائنين، وقدرة المدينين، ونوعية النشاط الاقتصادى، وعما إذا تعلق الأمر بنشاط إنتاجى أم مهنى أم إستهلاكى.

ولعل من أهم تلك الصور البديلة لحماية الائتمان: حوالة الحق، نقل الملكية على سبيل الضمان، التأمين، الزام المدين بعمل أو إمتناع عن عمل، حق الدائن فى الاطلاع على ذمة ونشاط مدينه، الضمان بمجرد الطلب(خطاب الضمان) ، خطابات الطمأنينة.

وتبدو حيوية الائتمان وازدهاره فى مجال البيع وخاصة فى المعاملات التجارية. ويدفعنا ذلك إلى تناول ضمانات البيع الائتمانى بصفة عامة، وشرط الاحتفاظ بالملكية بصفة خاصة[١].

**(أ) حوالة الحق:**

أدى تطور الائتمان إلى سهولة تداول الحقوق وتوظيف حوالتها على سبيل الضمان، وتطلب الائتمان التجارى تسهيل إنتقال الحقوق وتداولها والتخلص من الاجراءات التى تعرقل تداول الحقوق المدنية. ومن المقرر أن الحق المدنى الثابت فى سند إسمى أو أذنى لحامله، يتم إنتقاله وتداوله بنفس الطرق والوسائل المتبعة فى القانون التجارى.

وترد حوالة الحق على سبيل الضمان إما على حق معين مثل حوالة الأجر، أو على مجموع من الحقوق. وتنقسم هذه الحالة الحالة الأخيرة إلى

---

(١) إنظر في ذلك مؤلفنا شرط الإحتفاظ بالملكية. الإسكندرية ١٩٩٤ .

نوعين: الأول هو الحوالة الاجمالية التى ترد على كل الحقوق الناتجة أو التى ستنتج عن النشاط المهنى للمدين أو على مجموعة معينة من هذه الحقوق، كالحقوق الناتجة عن تسليم البضاعة لعملاء منطقة معينة أو للمناطق التى تبدأ أسماؤها بحروف هجائية محددة (تبدأ من حرف أ إلى حرف د مثلاً). الثانى هو الحوالة داخل إطار محدد حيث يتعهد المدين بأن يحيل للدائن، طبقاً للمبلغ المراد ضمانه، مجموعة من الحقوق القائمة التى تتجدد مع إستمرار الوفاء بها (الحقوق الدورية كالأجرة مثلاً).

### (ب) نقل الملكية على سبيل الضمان:

ترتب على عدم فاعلية التأمينات العينية ظهور نقل الملكية على سبيل الضمان، كوسيلة من بين وسائل أخرى، لضمان حق الدائن. ويتم ذلك بعقد ينقل بمقتضاه المدين ملكية مال معين، على سبيل الضمان لحق الدائن، على أن يلتزم الأخير باعادة نقل الملكية إلى المدين مرة أخرى بعد الوفاء بالدين أو ما يقوم مقامه.

ولعل الصورة البارزة لذلك هى بيع الوفاء، حيث يبيع المدين مالاً معيناً لدائنه، الذى يتملك هذا المال تحت شرط فاسخ، يتمثل فى عودة المال إلى البائع بمجرد رد الثمن والمصروفات للدائن المشترى. مؤدى ذلك أن البائع يحتفظ لنفسه بحق إسترداد المبيع عند رد الثمن والمصروفات خلال مدة معينة، حيث ينفسخ العقد ويعود المبيع إلى المالك بأثر رجعى.

يعتبر بيع الوفاء وسيلة من وسائل الائتمان حيث ينقل المقترض إلى المقرض ملكية مال على سبيل الضمان. وهنا يكون الدائن بمنأى عن إعسار أو إفلاس المدين، ولا يتعرض لمزاحمة باقى الدائنين. ويضمن الدائن حقه بتملك المال دون حاجة إلى الاجراءات الطويلة والمعقدة التى

يفرضها الرهن الرسمى.

ويعد بيع الوفاء وسيلة سهلة للتحايل على أحكام القانون التى تحظر تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء، حيث يتملك الدائن المبيع إذا لم يرد المدين الثمن والمصروفات فى الموعد المحدد، وهو ثمن صورى يمثل الدين وفوائده التى غالباً ما تكون مبلغاً باهظاً يخفى فوائد ربوية، لذلك نص المشرع على إبطال هذا البيع[1]. ولكن بعض الدول تجيزه بضوابط معينة مثل فرنسا ولبنان.

وتوجد صورة أخرى لنقل الملكية علس سبيل الضمان تتمثل فى التصرف الائتمانى حيث يتم بمقتضاه نقل ملكية الشيء إلى الدائن بصورة مستقلة عن رابطة الالتزام مصدر المديونية. يتملك الدائن الشئ ولكن ملكيته تكون مقيدة بالالتزامات المتفق عليها، وأهمها الالتزام بالرد عند قيام المدين بالوفاء بالتزامه. ويمكن أن يرد التصرف على الأشياء والحقوق الشخصية، وههنا نقترب من حوالة الحق على سبيل الضمان السابق بيانها.

**(جـ) التأمين:**

يلعب التأمين دوراً هاماً فى تنشيط الائتمان على المستوى الفردى والجماعى من خلال عدة صور.

١- يقوم المدين بالتأمين على العين المثقلة بالتأمين العينى (العقار المرهون مثلاً)، حيث يتعلق حق الدائن بمبلغ التأمين أو التعويض فى حالة هلاك تلك العين. يقوى التأمين المال الذى يقدمه المدين للدائن كضمان لما يحصل عليه من إئتمان، فغالباً ما يشترط

---

(١) م٤٦٥ مدني. Ph. Malinvaud, p. 312

المقرض التأمين على الشئ المرهون ضدد السرقة أو الحريق، كى يستطيع أن يستوفى حقه من مبلغ التأمين فى حالة تعرض المال المرهون للخطر، ومن ثم فأن التأمين على المال الضامن للدين كثيراً ما يكون وسيلة أو شرطاً للحصول على الائتمان.

٢- يلتزم المشترى فى البيع بالتقسيط، أحياناً، بالتأمين على المبيع ذاته بمبلغ يعادل قيمة الثمن المؤجل يحصل عليه البائع عند فقد المبيع أو هلاكه. ويمثل بقاء المبيع أهمية معينة بالنسبة للبائع سواء لأنه يحتفظ بملكيته رغم وجوده فى حيازة المشترى، أو لأنه يستطيع إسترداده أثر فسخ البيع عند تخلف المشترى عن الوفاء.

٣- يقوم المدين، أحياناً، بالتأمين على حياته لصالح الدائن الذى يتمكن من إستيفاء دينه من مبلغ التأمين إذا توفى المدين قبل السداد.

٤- ويمكن أن يتخذ التأمين صورة تأمين الدين، حيث يتم التأمين ضد مخاطر إعسار المدين أو عدم قيامه بالسداد.

٥- يستطيع المستفيد من التأمين على الحياة الحصول على الائتمان ضمن بوليصة التأمين، حيث يصبح لها قيمة فى ذاتها تتمثل فى الاحتياطى المكون من الاقساط المدفوعة. تضمن البوليصة للمقرض قيمة القرض، ففى حالة عدم السداد يمكن للدائن الحصول على حقه من قيمة البوليصة.

يقوم المستأمن أحياناً برهن وثيقة التأمين على حياته لضمان حصوله على قرض، بل قد يعمد الشخص، عند حاجته إلى الاقتراض، إلى إبرام وثيقة تأمين على حياته ليقوم برهنها إلى دائنه الذى يستطيع إسيفاء حقه منها إذا توفى مدينة قبل تمام الوفاء.

ويختلف رهن وثيقة التأمين عن التأمين لمصلحة الدائن، فالرهن يتمثل فى إنشاء حق عينى تبعى للدائن على حق المستأمن المدين فى مبلغ التأمين، أما الثانى فهو تأمين المقترض على حياته لمصلحة الدائن مباشرة.

٦- وعلى مستوى الجماعة تلعب رؤوس الأموال المجتمعة من الأقساط لدى شركات التأمين دوراً هاماً فى تدعيم الائتمان العام بالدولة، حيث يساعدها التأمين فى الحصول على ما تحتاجه من قروض من خلال توظيف الأموال المذكورة فى السندات العامة التى تصدرها[١].

**(د) التزام المدين بعمل أو الامتناع عن عمل:**

يلزم الدائن مدينه، أحياناً، بالقيام بعمل، أو الامتناع عن عمل، وذلك بهدف تعزيز الضمان أو تفادى التصرفات التى تسئ المركز المالى للمدين. وتلك الالتزامات متنوعة ومتطورة، منها ما هو تقليدى، ومنها ما هو مستحدث تمشياً مع مقتضيات الائتمان والتجارة. ولعل أبرز تلك الصور:

**١- شرط المنع من التصرف:** يشترط المتصرف على المتصرف إليه عدم التصرف فى الشئ مدة زمنية معقولة وذلك لباعث مشروع، فيمكن أن يشترط البائع عدم تصرف المشترى فى المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن. يكون الشرط صحيحاً فى البيع الائتمانى مؤجل الثمن، حيث لا شك فى مشروعية الباعث ألا هو ضمان إستيفاء الثمن وحث المشترى على الوفاء به، ولا شك أيضًا أن مدة الشرط تكون معقولة لأنها تتمثل في فترة الوفاء بالأقساط المؤجلة.

(١) إنظر مؤلفنا في قانون التأمين، الإسكندرية ١٩٨٥ .

ويؤدى الشرط إلى بقاء المبيع فى يد المشترى إلى حين الوفاء بكل الثمن، ومن شأن ذلك ضمان فعالية حق البائع فى طلب الفسخ واسترداد المبيع فى حالة التخلف عن الوفاء بالثمن، بل إن مخالفة حكم الشرط تخول المتعاقد الذى إشترطه، فضلاً عن طلب بطلان التصرف المخالف، الحق فى فسخ العقد الأصلى الوارد فيه الشرط.

ويمكن أن يعاب، مع ذلك، على الشرط المانع من التصرف أنه لا يقدم ضمانات عينية أو شخصية مباشرة للبائع تضمن له إستيفاء حقه فى الثمن، فهو يظل مهدداً بمخاطر إعسار المشترى ومزاحمة باقى الدائنين فى حالة التنفيذ على أمواله بصفة عامة، وعلى ثمن المبيع خاصة، اللهم إلا إذا تمسك بحق امتيازه كبائع على هذا الثمن، هذا بالاضافة إلى أنه إذا تعلق الأمر بمنقول وتسلمه شخص حسن النية كان له التمسك بقاعدة الحيازة سند الملكية[1].

٢- **يمكن أن يشترط الدائن المرتهن على الراهن** عدم التصرف فى العقار المرهون قبل حلول أجل الدين، وذلك زيادة فى ضمانه.

٣- **تلجأ البنوك، أحياناً، إلى إتخاذ بعض الاحتياطات** التى تزيد من قدرة المدين على الوفاء بالتزامه. مثال ذلك الاشتراط على المقترض عدم التصرف فى عقاراته أو رهنها، وعدم الدخول فى شركة، وعدم رهن محله التجارى، عدم الاقتراض، ومنع الشركة المقترضة من توزيع أرباح خلال مدة معينة حتى تصل إحتياطاتها إلى حد معين.

**(هـ) حق الدائن فى الاطلاع على ذمة ونشاط مدينه:**

يتمتع الدائن بحق الضمان العام على ذمة المدين، إلا أنه ليست لديه

---

(١) إنظر مؤلفنا في الحقوق العينية الأصلية، ٢٠٠٢ .

الوسائل الازمة لمعرفة عناصر هذه الذمة على وجه الدقة، والبصر بما قد يقوم به المدين من تصرفات لاضعاف هذا الضمان، ولا شك أن كل إجراء للتحرى أو التدخل من جانب الدائن يعد أمراً متعارضا مع حرية المدين وسرية أعماله ونشاطه المهنى وحساباته المصرفية. لذلك فإن حق الدائن فى الاطلاع على ذمة مدينه ونشاطه يثير كثيراً من التحفظات رغم أنه أصبح ضرورة ملحة فى الوقت الحاضر، وخاصة على ضوء تطور نظم المعلومات.

يحاول الدائن عن طريق الاتفاق أن يرتب لنفسه حق الاطلاع على ذمة مدينه، وحق رقابة التنفيذ المنتظم لالتزاماته. وقد يستعين الدائن بالمتخصصين فى البحث والتحرى لتزويده بالمعلومات اللازمة لذلك. ولا شك إن تدخل الدائن فى شؤن مدينه له طبيعة استثنائية ويثير العديد من التحفظات، إلا أنه يمكن إتخاذ بعض الإجراءات التحفظية التى تهدف إلى تجنب إختفاء أموال المدين. ويتحفظ القضاء كثيراً فى هذا الصدد حيث ينطوى الأمر على إنتهاك السرية والحد من أهلية المدين.

ولعل من أهم التطبيقات تعيين البنك مراقباً لدى الشركة المدينة وتخويله حق حضور جلسات مجلس الادارة والاطلاع على كل التصرفات والمستندات الخاصة بالشركة. ولكن حق الاطلاع المقرر للدائن، سواء كان قانونياً أو إتفاقياً، لا زال محدوداً.

### (و) الضمان بمجرد الطلب (خطاب الضمان):

نشأ هذا الضمان وتطور فى العلاقات الدولية والداخلية، حيث يتلزم البنك، بناء على طلب عميله، بأن يقدم للمستفيد مبلغاً من النقود عند الطلب. يتسم هذا الضمان بالاستقلال حيث يلتزم الضامن بتنفيذ التزامه مهما كانت إعتراضات معطى الأمر المستمدة من العقد الأصلى

بينه وبين المستفيد. يتطلب المشترى أو صاحب العمل ذلك الضمان لضمان حسن التنفيذ، ويتمثل ذلك عادة من جانب البنك فى صورة خطاب ضمان. هنا يتجنب الدائن أى مناقشة أو إجراءات قضائية قبل طلب الضمان، حيث يلتزم البنك بالدفع بمجرد الرجوع عليه ودون أن يدفع فى مواجهته بأى دفع.

يستمد هذا الضمان فعاليته وقوته من إستقلالية إلتزام الضامن فى مواجهة المستفيد عن العلاقة بين الأخير ومعطى الأمر، وينتج عن ذلك عدم جواز تمسك البنك بالدفوع المستمدة من العقد الأساسى.

**(ى) خطابات الثقة أو الطمأنينة:**

تهدف هذه الخطابات إلى طمأنة الدائن عند منح الائتمان للمدين، حيث يرسل الشخص خطاباً إلى الدائن بقصد تعزيز الثقة فى المدين، يتعهد فيه فى عبارات عامة مطمئنة بأنه سيقوم، عند اللزوم، بمساعدة المدين على الوفاء أو حثه على ذلك. وتأخذ هذه الخطابات أشكالاً متعددة وتتفاوت فى قوتها وطبيعتها، ويتوقف ذلك على الصياغة المستعملة، فقد نكون بصدد مجرد التزام أخلاقى أو التزام طبيعى أو مدنى، وقد نكون بصدد التزام بغاية أو إلتزام بتحقيق نتيجة يتحول إلى مبلغ من التعويض عند عدم التنفيذ.

مثال ذلك اصدار الشركة الأم خطاباً بهدف تسهيل حصول الشركة التابعة لها على الائتمان اللازم لها من أحد البنوك، تتعهد الشركة بالسهر على قيام الشركة المقترضة بالوفاء بالتزاماتها وعمل اللازم نحو تحسين مركزها العالى، هنا تعتبر الشركة الأم ملتزمة مدنياً بتحقيق نتيجة يترتب على عدم تنفيذها دفع مبلغ تعويض للدائن يعادل قيمة الدين.

## المبحث الخامس

## ضمانات البيع الائتماني

نعرض لما هية البيع الائتمانى ومدى جدوى الضمانات القانونية لحق البائع فى إسيفاء الثمن، ثم نتناول كل من البيع الايجارى والتأجير الائتمانى والبيع بالتقسيط وشرط الاحتفاظ بالملكية(١).

### المطلب الأول

### ماهية البيع الائتمانى

**(أ) تعريف:**

البيع الائتمانى هو بيع عادى ينعقد صحيحاً ومن شأنه ترتيب آثاره كاملة، إلا أن أحد الأطراف يأتمن الآخر على إرجاء تنفيذ التزام ما لفترة محددة لسبب أو لآخر، أى أنه يتم الاتفاق بين الأطراف على إرجاء أحد الالتزامات بغية تحقيق هدف معين، فقد يتفق الأطراف على إرجاء دفع الثمن أو جزء منه لأجل أو لآجال محددة،أو إرجاء تسليم المبيع لحين الحصول عليه أو لحين إستكماله، أو إرجاء تنفيذ نقل الملكية لحين إستيفاء الثمن.

فالبيع الائتمانى بيع موجود وصحيح، والأصل فيه أنه منجز، إلا أنه يتضمن إتفاقاً على تأجيل تنفيذ إلتزام أحد المتبايعين. يوجد البيع الائتمانى فى كل حالة لا يتعاصر فيها تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه، فإذا تأخر تنفيذ أحد هذه الالتزامات كان البيع إئتمانياً بالنسبة للطرف الدائن بهذا الالتزام.

---

(١) إنظر مؤلفنا شرط الإحتفاظ بالملكية، ١٩٩٥م.

يكون البيع إئتمانياً بالنسبة للبائع إذا كان التزام المشترى بسداد الثمن موجلاً، كله أو بعضه، على الرغم من تسليم المبيع. ويكون البيع إئتمانياً بالنسبة للمشترى إذا كان التزام البائع بتسليم المبيع مؤجلاً على الرغم من قيام المشترى بسداد كل أو بعض الثمن، نفس الحكم إذا كان الالتزام المؤجل التنفيذ هو الالتزام بنقل الملكية .

يتضح من ذلك أن البيع الائتمانى يوجد كلما إئتمن أحد الطرفين الآخر، أياً كان محل هذا الائتمان حيث تكمن الحكمة من إعتبار البيع ائتمانياً وراء التنفيذ الآجل أو المستقيل للالتزام وما يحيط ذلك من مخاطر محتملة. إن عقد البيع، بطبيعته، عقد فورى النفيذ، تتولد آثاره كاملة بمجرد إنعقاده صحيحاً مستوفياً أركانه وشروطه، إلا أنه يجوز لأطرافه الاتفاق على تأجيل تنفيذ بعض آثاره فيصبح بذلك عقداً إئتمانياً نظراً للثقة التى يوليها الطرف الأول الذى قام بتنفيذ التزامه للطرف المدين بالالتزام المؤجل وما ينطوى عليه ذلك من مخاطر.

**(ب) أهمية البيع الائتمانى:**

تطور البيع الائتمانى تطوراً ملحوظاً فى العصر الحديث وإزدادت أهميته على كل من الصعيد الاقتصادى والقانونى حيث إحتل مكانة بارزة فى معاملات الأفراد والمؤسسات سواء فى مجال الانتاج أو فى مجال الاستهلاك. فقد أدى تداخل العلاقات الاقتصادية وثقل حجمها النقدى إلى إزدهار فكرة الائتمان كوسيلة لمواجهة العجز المؤقت عن الوفاء بالالتزام الذى يتطلب جهداً ووقتاً إضافياً. لذا تزايد إهتمام التشريعات الحديثة بتنظيم البيع الائتمانى الذى أسفر العمل عن تطبيقات وصور عديدة له وما يستتبع ذلك من مشاكل ومسائل متعددة الجوانب.

فالبيع الائتمانى ينطوى بلا شك على فوائد جمة بالنسبة لكل من المدين والدائن، حيث يتمكن الأول من قضاء حاجياته رغم ضعف إمكانيته، ويتمكن الثانى من مضاعفة عملياته التعاقدية ونشاطه الاقتصادى. ولكن الأمر ينطوى من جهة آخرى على كثير من المخاطر حيث قد يتورط الفرد ، أمام إغراء الائتمان، فى العملية التى تفوق إمكانيته وتوقعاته مما يعرضه للتقاعس عن الوفاء بالتزاماته والمساس بذلك بحقوق الدائن الذى يحاول الاحتياط، فى هذا الشأن، من خلال الحصول على أكبر قدر ممكن من الضمانات لحقوقه. لذا يحرص المشرع عند تنظيم البيع الائتمانى على شمول أحكامه لمصالح كل من الدائن والمدين بالائتمان بل والغير الذى قد يؤثر هذا البيع على حقوقه أو مركزه القانونى.

## المطلب الثانى

## الضمانات القانونية لحق البائع فى الثمن

البائع يمكن أن يواجه بتقاعس المشترى عن السداد من جهة، ويمكن أن يتعرض لمخاطر إعساره من جهة أخرى. لذا يثور التساؤل حول معرفة الضمانات التى يكفلها النظام القانونى لتأمين حق البائع وبيان أوجه القصورفيها التى أدت إلى تفتق العمل عن الكثير من الضمانات الاتفاقية البديلة لتقوية الائتمان الذى يمنحه البائع للمشترى.

إذا أخل المشترى بالتزامه بالوفاء بالثمن كان للبائع، طبقاً للقواعد العامة فى العقود الملزمة للجانبين، الحق فى حبس المبيع، إذا كان لم يسلمه، حتى يستوفى الثمن، ويمكنه المطالبة بفسخ البيع وإسترداد المبيع. ويستطيع البائع، بدلاً من ذلك، الزام المشترى بأداء الثمن من

خلال التنفيذ الجبرى على أمواله، وقد خوله المشرع، فى هذا الصدد، ميزه التقدم على الدائنين فى استيفاء الثمن من حصيلة بيع المبيع. وقد تعرضنا من قبل للحق فى الحبس. والشرط المانع من التصرف. ونعرض فى هذا الصدد لكل من الشرط الجزائى والفسخ وحق الامتياز[1].

**(أ) الشرط الجزائى:**

يلجأ المتعاقدان فى البيع الائتمانى، أحياناً إلى الشرط الجزائى كوسية تأمينية لضمان قيام المدين بتنفيذ إلتزامه، حيث يتم الاتفاق على مبلغ كبير من المال يلتزم المدين بدفعه فى حالة الاخلال بالالتزام. ولكن فعالية الشرط المذكور، فى أداء تلك الوظيفة، تتضاءل أمام السلطة التى يتمتع بها القاضى فى إستبعاد تطبيقه أو تخفيضه، حيث تقضى المادة ٢٢٤ بأنه «١- لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر ٢- ويجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه. ٣- ويقع باطلاً كل إتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين».

وقد طبق المشرع تلك المبادئ بصدد البيع بالتقسيط حيث تقضى المادة ٢/٤٣٠ بأنه: «إذا كان الثمن يدفع أقساطاً، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءاً منه تعويضاً عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط، ومع ذلك يجوز للقاضى تبعاً للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤». وعلى ذلك فإن المدين بالأقساط قد لا يعبأ بالشرط الجزائى لثقته فى إمكانية المطالبة بتخفيض قيمته المبالغ فيها التى تمثل الجانب الضاغط عليه،

---

(١) إنظر مؤلفنا في عقد البيع، الإسكندرية١٩٩٤ .

خاصة وأن سلطة القاضى فى هذا الصدد أمر يتعلق بالنظام العام لا يجوز الاتفاق على إستبعادها أو الحد منها.

أضف إلى ذلك أن الشرط الجزائى لا يقى الدائن من مخاطر إفلاس أو إعسار المدين وتعرضه لمزاحمة سائر الدائنين.

**(ب) الفسخ وعدم جدواه فى ضمان حق البائع:**

إن حق البائع، فى حالة عدم وفاء المشترى بالثمن، فى فسخ العقد وإسترداد المبيع لا يشكل ضمانة كافية لاستيفاء حقه فى البيع الائتمانى للأسباب الآتية:

**أولاً:** لا يجوز الحكم باجابة طلب الفسخ واسترداد المبيع إلا بعد ثبوت إخلال المشترى بالتزامه بالوفاء بالثمن كلياً أو جزئياً، ويتحقق الاخلال بانسبة للثمن المستحق الأداء دون الثمن المؤجل أو المقسط، ويتضمن البيع بالتقسيط فى الغلب، شرطاً مؤداه حلول باقى الأقساط فى حالة التخلف عن دفع قسط، ويكون للبائع الحق فى المطالبة بكل الأقساط، فإذا استمر المشترى فى عدم الدفع، جاز المطالبة بفسخ البيع وإسترداد المبيع.

والواقع أن نظام الفسخ لا يتفق مع طبيعة البيع الائتمانى وغايته، فالبائع يرمى إلى تنفيذ العقد لا إنحلاله، تحقيقاً لرواج نشاطه الاقتصادى، ومن ثم فأنه يحرص ما أمكن على إستيفاء الثمن دون إسترداد المبيع، لا شك أن الفسخ يمثل سلاحاً تهديدياً لحمل المشترى على السداد، إذا كان راغباً فى الاحتفاظ بالمبيع، إلا أن المشترى المتقاعس، غالباً، ما لا تكون لديه تلك الرغبة لسبب أو لآخر، وهذا ما لا يفضله البائع، خاصة وأن أعمال الأثر الرجعى للفسخ يتسم بالكثير من المصاعب كما سنرى.

**ثـانـيًا:** أن الفسخ لا يقع، فى الأصل، إلا بحكم من القضاء، فالفسخ لا يقع بمجرد تخلف المشترى عن الوفاء بالثمن، بل يستوجب الأمر عرض الموضوع على المحكمة ليتبين القاضى مدى الاخلال بالالتزام، وهو يتمتع بسلطة تقديرية فى إجابة طلب الفسخ، حقاً أن الأطراف يمكنهم تضمين العقد شرطاً صحيحاً فاسخاً من شأنه أن يسلب المحكمة كل سلطة فى صدد الفسخ متى تحققت من حصول المخالفة الموجبة له، إلا أن ذلك منوط بأن تكون صياغة الشرط واضحة ولاتثير أى لبس حول مضمونه ومداه(١).

**ثـالـثـاً:** إن ملكية المبيع تنتقل، فى الأصل، إلى المشترى بمجرد التعاقد الصحيح، ويصبح من حقه التصرف فيه مادياً أو قانونياً. يؤدى فسخ البيع إلى محو العقد وإزالته بأثر رجعى. ويصعب إعمال هذا الأثر، عملاً، لتعارض ذلك مع التصرفات التى يكون المشترى قد أجراها على المبيع مما يستوجب، فى كثير من الحالات، تحول حق البائع فى الاسترداد إلى مجرد التعويض:

١- فقد يتصرف المشترى فى المبيع مادياً باستهلاكه أو بتغير حالته، كتحويل الخشب إلى أثاث أو طحن الغلال أو تفصيل القماش إلى ملابس، هنا يتعذر إعمال الفسخ وبالتالى الاسترداد ويستعاض عنه بالتعويض.

٢- وقد يتصرف المشترى فى المبيع تصرفاً قانونياً قبل أن يتقرر الفسخ، فإذا كان المبيع منقولاً وتسلمه المتصرف إليه بحسن نية، كان من حقه التمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية، ولا يتأثر حقه بالفسخ، ولن يتمكن البائع من إسترداد المبيع ولا يكون أمامه سوى

---

(١) إنظر مؤلفنا في دور القاضي إزاء الشرط الصريح الفاسخ، الإسكندرية ١٩٩٥.

التعويض.

وإذا كان المبيع عقاراً وتصرف فيه المشترى، فإن المتصرف إليه حسن النية يحتج بحقه قبل البائع الأصلى طالما كان قد سجل عقده قبل شهر دعوى الفسخ، مؤدى ذلك أن فسخ بيع العقار لا يسرى فى حق الغير الذى كسب حقاً على هذا العقار بحسن نية وقام بتسجيل حقه قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ. فإذا كان المشترى قد باع العقار وسجل المشترى الثانى حسن النية عقده قبل تسجيل دعوى الفسخ فأن الملكية تبقى له ولا يكون أمام البائع الأول سوى الحق فى التعويض. وإذا كان المشترى قد رهن العقار إلى دائن حسن النية قام بشهر حقه قبل تسجيل دعوى الفسخ، فإن فسخ البيع لا يوثر على حق الدائن المرتهن وتعود العين إلى البائع الأصلى محملة بالرهن.

وينبغى الأشارة إلى أنه بالنسبة للفسخ الناجم عن عدم دفع باقى الثمن ينفذ حكم الفسخ «فى حق الغير ليس من وقت شهر دعوى الفسخ فحسب، بل من وقت تسجيل عقد البيع إذا كان مذكوراً فيه عدم دفع الثمن كله، لأن ذكر ذلك فى العقد المسجل يكفى لاحاطة الغير علماً باحتمال تأخر المشترى فى دفع باقى الثمن وإحتمال فسخ البيع تبعاً لذلك».

٣- وبالنسبة لعقود الادارة، فالأصل أن أعمال الادارة التى يبرمها المشترى على المبيع تظل قائمة لصالح من تعامل معه بحسن نية، ويعد من أعمال الأدارة الايجار الذى لا تزيد مدته على ثلاث سنوات، ويظل سارياً فى مواجهة البائع رغم فسخ البيع واسترداد المبيع.

**رابعاً:** يسقط حق البائع فى رفع دعوى الفسخ إذا قام دائنو المشترى بالحجز على العقار المشترى وبيعه بالمزاد العلنى، حيث يؤدى

ذلك إلى تطهير العقار من دعوى الفسخ. لذا يجب على الدائن الحاجز إعلان البائع الذى لم يستوف الثمن حتى يتمكن من ممارسة حقه فى الفسخ، فإذا أراد البائع أثناء إجراءات التنفيذ رفع دعوى الفسخ لعدم دفع الثمن أو الفرق، فعليه أن يرفعها بالطرق المعتادة ويدون ذلك فى ذيل قائمة شروط البيع قبل الجلسة المحددة للنظر فى الاعتراضات بثلاثة أيام على الأقل، وإلا سقط حقه فى الاحتجاج بالفسخ على من حكم بايقاع البيع عليه، وإذا رفعت دعوى الفسخ وأثبت ذلك فى ذيل قائمة شروط البيع فى الميعاد السابق وقفت اجراءات التنفيذ على العقار.

**خامساً:** يسقط حق البائع، بصفة عامة فى طلب الفسخ بمجرد الحكم بافلاس المشترى أو إعساره، ولا يكون أمام البائع سوى الدخول فى التفليسة بالثمن حيث يخضع لقسمة الغرماء كأصل عام. ويختلف الأمر، بطبيعة الحال، إذا كان المبيع لم يسلم بعد للمشترى، هنا يحتفظ البائع، الذى لم يستوف الثمن، بضماناته القانونية، المتمثلة فى الحبس والاسترداد والامتياز، ويجوز للبائع إسترداد المبيع المعين بالذات إذا رفع دعوى الفسخ قبل الافلاس ولو قضى له بالفسخ بعد الحكم بالافلاس.

**(جـ) امتياز البائع:**

إن البائع دائن بالثمن ويمكنه إلزام المشترى بالوفاء به وذلك من خلال التنفيذ الجبرى على أمواله. فالبائع، شأنه فى ذلك شأن باقى الدائنين، يتمتع بحق الضمان العام على جميع أموال المشترى بما فى ذلك الشئ المبيع.

---

(١) م٢٤٥ مرافعات.

ينطوى هذا الطريق بالنسبة للبائع، على قدر كبير من المشقة والمخاطر، حيث يقتضى الأمر منه عناء الدخول فى ساحات القضاء كمدعى يطالب بحقه بغية الحصول على حكم قضائى واجب النفاذ كسند تنفيذي يمكنه من التنفيذ على أموال المشترى. بالاضافة إلى بطء وصعوبة تلك الاجراءات يتعرض البائع لمخاطر إعسار أو إفلاس المدين والدخول فى قسمة غرماء مع باقى الدائنين. لذا خول المشرع البائع حق امتياز على المبيع لضمان إستيفاء الثمن وملحقاته. ولكن إمتياز البائع لا يؤمن حقه فى الثمن بصورة مطلقة للأسباب الآتية:

**أولاً**: إن إمتياز البائع لا يخوله التقدم بصفة مطلقة على سائر الدائنين، فحق البائع يأتى فى المرتبة بعد حقوق الامتياز العامة[١]. وتتحدد مرتبة إمتياز بائع العقار بعد ذلك، طبقاً لوقت قيده. أما إمتياز بائع المنقول فيأتى فى الترتيب بعد كل من[٢] إمتياز المصروفات الزراعية وإمتياز المؤجر صاحب الفندق[٣].

**ثانياً**: إن إمتياز البائع لا يخوله، بصفة دائمة، سلطة تتبع المبيع للتنفيذ عليه، فقد تنتقل ملكية العقار المبيع إلى شخص آخر بموجب سند يطهره من الامتياز، كنزع ملكيته للمنفعة العامة، أو بيعه جبراً فى مزاد علنى حيث يترتب على تسجيل حكم مرسى المزاد تطهير العقار من الحقوق التى تثقله[٤]. وينتقل حق البائع إلى التعويض المستحق فى

---

(١) مثل إمتياز المصروفات القضائية، والمبالغ المستحقة للخزانة العامة، وإمتياز ديون النفقة.

(٢) وبعد حقوق الإمتياز العامة بطبيعة الحال.

(٣) ولكن البائع يمكنه التمسك بإمتيازه في مواجهة المؤجر وصاحب الفندق إذا ثبت أنهما كانا يعلمان بحقه وقت وضع المبيع في العين المؤجرة أو الفندق.

(٤) م. ٤٥٠ مرافعات.

الحالة الأولى وإلى الثمن الذى رسا به المزاد فى الحالة الثانية. ونفس الحكم في حالة إنتقال حيازة المنقول المبيع إلى شخص آخر حسن النية. فالبائع لا يستطيع التمسك بحقه فى مواجهة المشترى الثانى الذى يستند إلى مبدأ الحيازة بحسن نية.

**ثالثاً:** يفقد البائع حقه فى الامتياز على المنقول المبيع فى حالة هلاكه[1]. أو تغييره تغيراً تاماً على نحو يؤدى إلى فقده ذاتيته وإضاعة معالمه، كتحول القمح إلى دقيق أو خبز وتحول مواد البناء إلى مبانى. ويبقى الامتياز إذا كان التغير لا يؤدى إلى إنعدام ذاتية المنقول أو ضياع معالمه، كتحول الخشب إلى أثاث، والقماش إلى ملابس، والحاق المنقول بالعقار ليصبح عقاراً بالتخصيص[2]. وإذا وضع المشترى المنقول فى العين التى يستأجرها أو ضمن أمتعته فى فندق، لا يستطيع البائع التمسك بامتيازه فى مواجهة كل من المؤجر أو صاحب الفندق طالما كانا حسنى النية.

**رابعاً:** لا يسرى إمتياز بائع المنقول الذى إنتقلت حيازته إلى المشترى المفلس، فى مواجهة الدائنين، ولا يسرى إمتياز بائع العقار فى مواجهة جماعة الدائنين إلا إذا كان مقيداً قبل صدور الحكم بشهر إفلاس المشترى.

**خامساً:** إن إعمال البائع لحق الامتياز من خلال التنفيذ على المبيع أمر يتطلب الكثير من الجهد والمشقة، خاصة وأنه يوجد، غالباً، فى

---

(١) وينتقل الإمتياز كقاعدة عامة، إلي مبلغ التعويض أو التأمين المستحق عن هلاك المبيع.

(٢) وإذا كان العقار الأصلي مرهوناً، فإن إمتياز البائع لا يسري في مواجهة الدائن المرتهن حسن النية.

حيازة المشترى، مما قد يستوجب إتخاذ إجراءات الحجز التحفظى تفادياً لسوء نية الأخير.

## المطلب الثالث

## البيع الايجارى

### (أ) تعريف:

يفضل البائع، أحياناً، إفراغ العلاقة التعاقدية التى تربطه بالمشترى، لمدة محددة، فى صورة رابطة إيجارية، أى أنه يتم إخفاء البيع فى صورة عقد الإيجار، ويسمى البيع إيجاراً. وهذا ما يطلق عليه فى الفقه البيع الايجارى، أو الايجار الساتر للبيع.

يظهر البائع، فى هذا الاتفاق، كالمؤجر. ويبدو المشترى كالمستأجر. يتراضى الطرفان على إنتقال الشئ محل التعاقد إلى المستأجر (المشترى) مباشرة للانتفاع به، ويحتفظ البائع بملكيته حتى يستوفى الثمن المؤجل أو المقسط كاملاً. وتوصف الأقساط المستحقة بأنها أجرة وليست ثمناً. يتفق المتعاقدان على إنتقال ملكية العين إلى المستأجر تلقائياً بمجرد وفائه لكل الأقساط المحددة كثمن للبيع. وحتى يحكم الطرفان ستر البيع يتفقان، فى بعض الأحيان، على أنه يجوز للمستأجر، فى نهاية مدة الايجار، وبعد سداد الأقساط السابقة، أن يعلن رغبته فى تملك الشئ ويدفع فى سبيل ذلك مبلغاً إضافياً، ويمثل هذا المبلغ الجزء المتبقى من الثمن بعد الأقساط المدفوعة.

ويجدر الاشارة إلى أن البيع الايجارى يتضمن، غالباً شرطاً مقتضاه، أنه إذا تخلف المستأجر عن الوفاء بأى قسط جاز للمؤجر فسخ العقد وإسترداد العين مع الاحتفاظ بما قبضه إما لكونه مقابل إنتفاع أو تعويضاً عن الفسخ.

## (ب) الحكمة منه:

يعد البيع الايجارى وسيلة إتفاقية لضمان حق البائع فى إستيفاء الثمن، فهو طريقة غير مباشرة لاحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفى حقه قبل المشترى، ويلجأ إليه البائع بدلاً من شرط الاحتفاظ بالملكية للأسباب الآتية:

**أولاً:** يحتفظ المشترى بالعين بوصفه مستأجراً، ومن ثم يحظر عليه التصرف فيها قبل الوفاء بالثمن المؤجل أو الأقساط المتفق عليها، وإذا خالف هذا النظر أعتبر تصرفه خيانة أمانة يقع تحت طائلة قانون العقوبات وتوقع عليه عقوبة التبديد، ذلك أن عقد الايجار من عقود الأمانة، ولا يعتبر البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية من هذه العقود، ومن ثم لا يؤدى تصرف المشترى فى المبيع إلى تعرضه للعقوبة المذكورة، إلا أنه يمكن أن يتعرض للعقوبة الواردة بالمادة ١٠٧ من قانون التجارة إذا كنا بصدد بيع بالتقسيط.

**ثانيا:** يستطيع البائع باعتباره مؤجراً، عند تخلف المشترى عن الوفاء بالثمن أو الأقساط المحددة، فسخ العقد والاحتفاظ بما قبضه بوصفة أجرة أستحقها مقابل إنتفاع الطرف الآخر بالعين، أما فى البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية، فإن البائع يلتزم من حيث المبدأ ، فى حالة الفسخ، يرد ما تقاضاه من ثمن ما لم يتضمن الاتفاق شرطاً صريحاًيستبقى البائع بمقتضاه كل أو بعض ما تم تحصيله على سبيل التعويض عن الفسخ. ويعد هذا الشرط شرطاً جزائياً ومن ثم يخضع ، من حيث تقديره وتناسبه مع الضرر الواقع لتقدير القاضى حيث يستطيع تخفيضه[١].

(١) طبقاً للفقرة الثالثة من المادة ٤٣٠ مدني.

**ثالثاً:** يظل البائع، بصفته مؤجراً محتفظاً بملكية العين، ومن ثم يمكنه إستردادها من الطرف الآخر عند عدم وفائه بأقساط الثمن، ويستطيع المؤجر التمسك بحقه كمالك وأن يتذرع بما يخوله من ميزة التقدم والتتبع لكى يحول دون تنفيذ دائنى الطرف الآخر على العين وإستردادها من التفليسة، وهو يأمن بذلك إفلاس المشترى قبل الوفاء بالثمن. ويمكن للمؤجر أن يتتبع العين فى يد أى شخص كان ما لم يكن يجوز لذلك الشخص أن يحتمى بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية.

أما فى حالة شرط الاحتفاظ بالملكية فإن البائع لا يمكنه المطالبة بالفسخ وإسترداد المبيع، ولا يكون له سوى حق التقدم فى التفليسة باعتباره دائناً عادياً، ذلك أن المبيع يدخل هنا ضمن أصول المفلس، ولا ينظر القضاء إلى مصلحة البائع فى الاسترداد لأن دائنى المشترى عولوا على المبيع الموجود فى حيازته كعنصر من عناصر ضمانهم العام.

**(جـ) تكييف العقد:**

ثار الخلاف فى الرأى حول تحديد طبيعة العقد موضوع البحث، خاصة وأنه من المقرر أن العبرة فى تكييف العقود هى بحقيقة الواقع والنية المشتركة التى إتجهت إليها إرادة المتعاقدين دون إعتداد بالألفاظ التى إستخدمها أو بالتكييف الذى أسبغاه على العقد، وإن التعرف على ما عناه الطرفان من المحرر موضوع الدعوى هو مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع إلا أنه متى إستخلصت المحكمة ذلك فإن التكييف القانونى الصحيح لما قصده المتعاقدان وإنزال حكم القانون على العقد هو مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض.

ذهب إتجاه إلى أن مثل هذا العقديعتبر فى ذات الوقت إيجاراً

معلقاً على شرط واقف، وإن الشرط واحد فى العقدين وهو قيام المشترى بالوفاد بجميع الأقساط. فإذا تحقق الشرط بوفاء الأقساط إنفسخ الايجار وأنتج البيع أثره بأثر رجعى أى تنتقل الملكية إلى المشترى من وقت العقد. وقبل تحقق الشرط يكون الايجار نافذاً والبيع موقوفاً. وإذا تخلف الشرط لا ينعقد البيع ويعتبر كأن لم يكن من البداية ، وينفسخ الإيجار مع إحتفاظ المؤجر بالأقساط التى حصلها باعتبارها أجرة مستحقة عن مدة الانتفاع المنقضية.

يصعب قبول هذا الاتجاه لأنه يضفى على العقد وصفين متناقضين فى ذات الوقت، حيث يصعب إعتبار العقد إيجاراً وبيعاً فى آن واحد نظراً لاختلاف طبيعة كل من العقدين، والقول بتحول الاتفاق إلى بيع أو إلى اجارة حسب الظروف يعد أمراً مخالفاً للقواعد العامة فى التعاقد.

يرى الفقه الفرنسى فى البيع الايجارى أنه إيجار مقترن بوعد البيع، هذا الوعد قد يكون ملزماً للجانبين: للمؤجر والمستأجر. وقد يكون ملزماً لجانب واحد هو المؤجر حيث يجوز للمستأجر أن يبدى رغبته فى شراء العين المؤجرة خلال مدة الايجار. فالمؤجر يظل مالكاً للعين طوال مدة الايجار وإلى أن يعلن المستأجر رغبته فى تملكها.

ينبغى التفرقة، فى الواقع، بين البيع الايجارى والايجار المقترن بوعد بالبيع، ذلك أن الأول تتجه فيه إرادة الأطراف حقيقة إلى البيع منذ البداية ومن ثم تكون الأجرة المعلنة هى فى حقيقتهاأقساط الثمن التى تتناسب مع قيمة العين، وبالوفاء بالأقساط (التى قد يضاف إليها مبلغ رمزى) تنتقل ملكيتها إلى المستأجر (المشترى) منذ بداية العقد. أما بالنسبة للايجار المقترن بوعد بالبيع فإننا نكون بصدد إيجار إبتداء وبيع انتهاء فى حالة إبداء المستأجر رغبته فى الشراء. وتنتقل

الملكية إليه من وقت ظهور الرغبة وليس بأثر رجعى من وقت الايجار.

وقد أحسن المشرع المصرى بحسمه الخلاف فى هذه المسألة بنص صريح حيث قضى بأن أحكام البيع بالتقسيط تسرى على العقد ولو سمى المتعاقدان البيع إيجاراً[1]. وعلى ذلك فأن البيع ينعقد باتاً لا موقوفاً على شرط ويرتب ، من حيث المبدأ آثاره كاملة.

يتمثل جانب الائتمان فى البيع الايجارى فى تأجيل الثمن من جهة وتعليق إنتقال الملكية على هذا الوفاء من جهة آخرى. وبالوفاء بالثمن تنتقل الملكية إلى المشترى بأثر رجعى أى منذ إبرام البيع. وهكذا يعتبر البيع الايجارى، من حيث الأصل، بيعاً بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية، ما لم تتجه بوضوح إرادة الأطراف إلى ابرام عقد إيجار حقيقة وفعلاً، مع إقتران هذا العقد بوعد بالبيع يرخص للمستأجر الحق فى تملك العين المؤجرة إذا ما رغب فى ذلك، ويخضع هذا العقد لأحكام الايجار دون البيع[2].

## المطلب الرابع

## التأجير الائتمانى أو التمويلى

يعد عقد التأجير الائتمانى أحد الوسائل الحديثة لمنح الائتمان، فهو وسيلة مستحدثة إحتلت مكانة مرموقة فى الأسواق المالية لامداد المشروعات الصناعية والتجارية بالتجهيزات والأدوات اللازمة[3].

---

(١) في المادة ٤٣٠/٤ مدني. Giovanoli, le Gredit. bail, 1980, p. 185

(٢) ولا ينسحب عليه حكم الفقرة الرابعة في المادة ٤٣٠ مدني.

(٣) نظمه المشرع بالقانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥ . إنظر مؤلفنا في قانون الإيجار، الإسكندرية ١٩٩٨.

ويتمثل فى إتفاق تقوم بمقتضاه مؤسسة مالية بشراء أموال معينة، عقار أو منقول، ويغلب أن تكون تجهيزات وأدوات، ثم تقوم بتأجيرها للمستفيد نظير أجرة دورية على أن يكون له الخيار عند نهاية مدة الايجار بين تملكها مقابل ثمن معين أو إعادة إستئجارها أو ردها إلى المؤسسة الممولة.

ويتم ذلك عملاً فى أن صاحب عمل يكون فى حاجة إلى منقول أو عقار لاستغلاله فى مشروعه لكنه لا يمتلك رأس المال لشرائه أو لا يرغب فى تجميد رأس المال لهذا الغرض، فيتوجه إلى مؤسسة مالية متخصصة لتمويل العملية. يقوم صاحب العمل بنفسه، بعد توقيع عقد التأجير الائتمانى، باختيار الشئ موضوع العقد، وتقوم المؤسسة المالية بالدفع وتظل محتفظة بملكية الشئ. ويستفيد صاحب العمل منه بوصفه مستأجراً له لفترة طويلة نسبياً مقابل أجرة معينة. ويكون المستأجر، فى نهاية الفترة بالخيار بين أمور ثلاثة: رد الشئ، تجديد إستئجاره، شراؤه بثمن محدد يراعى فيه المبالغ التى تم دفعها كأقساط إيجار. يتضح من ذلك أن عملية التأجير التمويلى تنطوى على جوانب ثلاثة: تمويل عملية شراد الشئ، الاحتفاظ بملكيته على سبيل الضمان، الانتفاع به.

أطراف هذا الاتفاق، فى الأصل، ثلاثة، الشركة المؤجرة أى المالكة التى تقوم بشراء الأشياء، البائع أو المورد أو الصانع لها، المستأجر الذى يقوم باستغلالها. ويمكن أن تنطوى العملية على خمسة أطراف: مؤسسة مالية تقوم بتمويل شراء الشئ محل العقد لصالح المؤجر الذى يقوم بتأجيره، أى أننا بصدد ممول، مالك مؤجر (مشترى)، بائع، مستأجر، والمؤمن على الشيئ. ويمكن أن تنطوى العملية على طرفين فقط وذلك فى حالة ما إذا كان الشئ محل العقد مملوكاً لنفس المؤجر، أو فى حالة تخلى المشروع عن جزء من رأس ماله العقارى ببيعه لمؤسسة

مالية ثم يعود فيستأجره منها مباشرة.

لعل الطابع المالى هو السمة المميزة للتأجير الائتمانى حيث تقوم موسسات مالية متخصصة فى تمويل شراء أجهزة ومعدات لازمة للاستغلال التجارى والمهنى، فالمستأجر المستفيد من هذه الأشياء يحصل على تمويل كامل لاستثماراته دون حاجة إلى اللجوء إلى القروض أو تعطيل جزء من رأسماله مما يسمح له بالتوسع فى مجال نشاطه وإستثماراته. يعد الاتفاق المذكور وسيلة من وسائل الائتمان الحديثة نظراً لما ينطوى عليه من طبيعة تمويلية حيث يرتكز فى جوهره على تمويل عملية الشراء على سبيل الائتمان.

ويضاف إلى الجانب المالى الجانب القانونى المتمثل فى عملية شراء الشئ وتمكين الغير من إستعماله مع الاحتفاظ بملكيته على سبيل الضمان، حيث نوجد أمام عملية قانونية مركبة من عدة عمليات فى آن واحد:

١- الشراء بقصد التأجير، حيث يقوم المؤجر بشراء التجهيزات والمعدات محل الايجار من المورد أو المصانع.

٢- الوكالة، حيث يوكل المؤجر المستأجر فى القيام بشراء الأشياء محل الايجار على كافة عناصرها من نوع وكمية غير ذلك، فالمستأجر هو الذى يقوم بتحديد هذه الأشياء وفقاً لاحتياجاته، ومن ثم فهو الذى يقوم، كفني متخصص، بالتعاقد مع البائع لحساب المؤجر المشتري الذي يقوم بتمويل العقد.

٣- الايجار، حيث يتم تأجير الأشياء المشتراه إلى المستأجر لاستغلالها فى تجارته أو مهنته، ويتميز الايجار هنا عن الايجار العادى بسمتين أساسيتين: الأولى ارتفاع الأجرة نسبياً لأنه يراعى فى تحديدها

تغطية تكاليف الشراء وعائد مناسب للممول. الثانية، تحمل المستأجر كافة الأخطار التي تتعرض لها الأشياء والتجهيزات المسلمة له.

٤- وعقد منفرد بالبيع أو باعادة التأجير في نهاية مدة الايجار، حيث يتضمن الاتفاق وعداً للمستأجر، إذا أعلن عن رغبته، بتملك الأشياء محل العقد أو باعادة إستئجارها. فهو بالخيار بين الشراء أو الاستئجار أو الرد.

ولا يعني إحتواء التأجير الائتماني لتلك العمليات القانونية تقسيمه أو تجزئته، بل إننا بصدد عملية قانونية مركبة من عدة عمليات تقليدية تكون في مجموعها تصرفاً قانونياً واحداً غير قابل للتجزئة ومستقلاً بذاته عن كل من الأعمال القانونية المكونة له.

ويختلف الرأى حول تحديد الطبيعة القانونية للعقد، فهناك إتجاه يحبذ نظرية القرض مع نقل الملكية على سبيل الضمان، وإتجاه آخر يؤكد الطبيعة الذاتية والخاصة للعقد موضوع البحث، وإتجاه ثالث يرى أننا أمام إحدى صور البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية. وإتجاه رابع يرى أننا أمام عقد إيجار مقترن بوعد بالبيع ملزم لجانب واحد هو الممول.

ودون الدخول في ذلك الجدل يهمنا التركيز على الطبيعة الائتمانية للعقد موضوع البحث، حيث يحتفظ المالك بملكية الأشياء المؤجرة على سبيل الضمان، فالملكية تؤمن حق الممول في إسترداد المبلغ الذى دفعه في تمويل عملية الحصول على الشئ محل التعاقد، وعلى ذلك فأن شرط الاحتفاظ بالملكية، وإن لم يظهر صراحة في هذا الاتفاق ، إلا أنه يستتر خلاله وراء فكرة الايجار، ويلعب دوراً حاسماً في قيامه وتحقيق أهدافه، فالتأجير الائتماني يعد، في جانب منه، تعبيراً مقنعاً عن شرط

الاحتفاظ بالملكية. يظل المؤجر مالكاً للأشياء المؤجرة طوال مدة الايجار[1]، ويكون له بالتالى، الحق فى إستردادها من تفليسة المستأجر[2]. ولا يجوز للأخير التصرف فيها وإلا اعتبر مبدداً ومرتكباً لجريمة خيانة الأمانة.

## المطلب الخامس

## البيع لأجل أو البيع بالتقسيط

لعل الصورة الغالبة والتى تتبادر إلى الذهن عند الحديث عن البيع الائتمانى تتمثل فى البيع لأجل أو البيع بالتقسيط حيث يتم الاتفاق على امهال المشترى فى دفع الثمن لأجل معين أو على هيئة أقساط فى آجال محددة. فالبيع يمكن أن يكون مؤجل الثمن حيث يتم الاتفاق على سداده دفعة واحدة عند حلول الأجل، ويشيع ذلك بين التجار، فالمصنع يبيع منتجاته لتاجر الجملة بالأجل ويقوم هذا الأخير بتوزيع تلك البضاعة على تجار التجزئة بالأجل على أن يسدد البائع بالتجزئة إلى بائع الجملة الثمن بعد بيع السلعة إلى المستهلكين. ويقوم تاجر الجملة بدوره بالوفاء بالثمن إلى المصنع. أما البيع بالتقسيط فيتم توزيع الثمن فيه على دفعات دورية سنوية أو شهرية مثلاً، وينتشر بين التجار والمستهلكين فى مجال السلع المعمرة، كالأدوات الكهربائية والأثاث

---

(١) وإذا إختار المستأجر تملك الشئ في نهاية مدة الإتفاق، فإن الملكية تنتقل إليه من تاريخ إعلان رغبته وذلك بخلاف الحال بالنسبة للبيع بالتقسيط مع الإحتفاظ بالملكية حيث تنتقل الملكية فيه بقوة القانون بمجرد صداد الأقساط وبأثر رجعي دون حاجة إلي إعلان من جانب المشتري.

(٢) وبذلك يكون مركز المالك المؤجر، في مواجهة جماعة الدائنين، أقوي من مركزه كبائع يحتفظ بملكية المبيع علي سبيل الضمان، حيث يرفض القضاء المصري الإعتداد بالشرط المذكور ويفضل إعتبار المبيع أحد أصول المشتري المفلس.

والسيارات والمعدات والأجهزة.

ونظراً لشيوع وأهمية البيع بالتقسيط على الصعيدين الاقتصادى والقانونى تحرص معظم الدول على تنظيمه بتشريعات خاصة. نظم قانون التجارة المصرى البيع بالتقسيط[1]. يواجه القانون المذكور البيوع التجارية أى تلك التى تتم تعبيراً عن ممارسة نشاط تجارى من قبل مؤسسات متخصصة أو أفراد من التجار، ومن ثم لا يدخل فيها ذلك البيع بالتقسيط الذي قد يتم عرضًا بين الأفراد العاديين، ويقتصر التنظيم على البيع الوارد على المنقولات المادية دون العقار والمنقولات المعنوية.

وقد تضمن القانون بعض الأحكام الخاصة لحماية المستهلك من جهة وضمان حق البائع من جهة أخرى:

- إذا لم يدفع المشترى أحد أقساط الثمن المتفق عليه فلا يجوز الحكم بفسخ البيع إذا تبين أنه قام بتنفيذ خمسة وسبعين فى المائة من الثمن.

- وفى حالة الحكم بفسخ البيع يجب أن يرد البائع الأقساط التى قبضها بعد إستنزال ما يعادل أجرة الانتفاع بالمبيع، بالاضافة إلى تعويض عن التلف الذى لحقه بسبب الاستعمال غير العادى. ويقع باطلاً كل إتفاق على تحميل المشترى التزامات أشد من ذلك.

- الاتفاق على حلول الثمن بأكمله عند عدم دفع أحد الأقساط فى ميعاد إستحقاقه لا يكون نافذاً إلا إذا تخلف المشترى عن دفع

---

(١) المواد ١٠٥ : ١٠٧ من القانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ . وذلك بعد أن كان منظماً بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ .

قسطين متتاليين على الأقل.

- لا يجوز للمشترى التصرف فى المبيع قبل أداء الأقساط بأجمعها إلا بأذن مكتوب من البائع وكل تصرف يجريه المشترى بالمخالفة لهذا الحكم لا يكون نافذاً فى حق البائع إذا أثبت علم المتصرف إليه وقت إجراء التصرف بعدم أداء الثمن بأكمله.

وللبائع عند تصرف المشترى فى المبيع قبل أداء أقساط الثمن بأكملها بغير أذن منهأن يطالب المشترى بأداء الأقساط الباقية فوراً.

- يعاقب المشترى عند مخالفة الحكم السابق بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز ٥٠٠ جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين[١]. وتأمر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد صيرورة الحكم باتاً.

## المطلب السادس

## شرط الاحتفاظ بالملكية

### (أ) ماهيته:

يقترن البيع بالتقسيط، غالباً، بشرط الاحتفاظ بالملكية، حيث يحتفظ البائع بالملكية ضماناً لاستيفاء كامل الثمن المؤجل. تقضى القواعد العامة بانتقال ملكية المبيع إلى المشترى بمجرد إبرام العقد. ينشئ البيع التزاماً على عاتق البائع بنقل الملكية إلى المشترى، وينفذ هذا الالتزام بمجرد العقد وبقوة القانون إذا كان البيع وارداً على منقول معين بالذات، ويعلق تنفيذ هذا الالتزام على الافراز بالنسبة للمنقول المعين بالنوع والتسجيل بالنسبة للعقار. ويتم تنفيذ الالتزام بنقل

(١) ويسري علي هذه الجريمة حكم المادة١٨ مكرر، (أ) من قانون الإجراءات الجنائية.

الملكية بصرف النظر عن تنفيذ المشترى التزامه بدفع الثمن، فتخلف المشترى عن الوفاء بالثمن الواجب الأداء فوراً لا يمنع إنتقال ملكية المبيع ولو لم يتم تسليمه، حقاً أن البائع يمكنه حبس المبيع والامتناع عن تسليمه إلى حين إستيفاء كامل الثمن، إلا أن ملكية المبيع المحبوس تكون للمشترى.

ونظراً لأن القواعد السابقة المتعلقة بنقل ملكية المبيع لا تتعلق بالنظام العام يجوز للمتبايعين الاتفاق على إرجاء نقل الملكية إلى أجل محدد. ينطوى هذا الاتفاق، غالباً، على إبقاء الملكية للبائع وعدم إنتقالها للمشترى إلا بعد سداده لكامل الثمن. يلعب شرط الاحتفاظ بالملكية، فى هذه الحالة، دوراً تأمينياً هاماً لاستيفاء ثمن المبيع، ويكون البيع، فى هذا الفرض، إئتمانياً بالنسبة لكلا الطرفين، فالبائع يأتمن المشترى على الثمن، ويأتمن المشترى البائع على الملكية.

يختلف البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية عن مجرد البيع بالأجل الذى يقتصر على إضافة الالتزام بدفع الثمن إلى أجل معين، حيث يقوم هذا البيع على ثقة البائع فى المشترى لأن نقل الملكية يتم بداية إستقلالاً عن الوفاء بالثمن. أما البيع الأول فلا يتضمن هذه الثقة حيث يربط البائع نقل الملكية بالوفاء بالثمن، ومن ثم يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية فى وقت لاحق على ابرام البيع هو وقت سداد كامل الثمن.

ولا يقتصر دور شرط الاحتفاظ بالملكية على الدور التأمينى السابق بل يمكن أن يتضمنه العقد لأسباب عديدة ومتنوعة، كمن يبيع محلاً تجارياً مع الاحتفاظ بملكيته لمدة معينة حتى يضمن عدم تصرف المشترى فى المحل لشخص أجنبى تُخشى منافسته. والهبة المستترة فى صورة بيع حيث يحتفظ الواهب بملكيته للعين لمدة يخشى فيها سوء

تصرف الموهوب له فيها. ومن يبيع شيئاً مقابل التزام المشترى بأداء أعمال وخدمات معينة ويحتفظ بملكية المبيع الوقت اللازم لانجاز هذه الأعمال. والبيع الذى يشترط فيه البائع إيراداً مرتباً مدى الحياة ويحتفظ فيه بملكية الأرض المبيعة حتى يضمن بذلك أن يوفر له المشترى أسباب المعيشة.

وإذا كان الغالب فى العمل أن شرط الاحتفاظ بالملكية يرد فى عقد البيع، فليس هناك ما يمنع من ورود الشرط المذكور فى أى إتفاق آخر ناقل للملكية. مثال ذلك الشريك الذى يحتفظ بملكية الحصة المقدمة فى الشركة لفترة يضمن فيها جدية باقى الشركاء فى الوفاء بالتزاماتهم.

**(ب) مشروعيته:**

لم تعد مشروعية شرط الاحتفاظ بالملكية محل جدل أو نقاش فى الفقه الحديث أو القانون المعاصر.

تردد البعض فى البداية أمام صحة شرط الاحتفاظ بالملكية حيث يترتب عليه وجود المال فى يد من لا يملكه، فيضلل بذلك الغير الذى يعتقد أنه مالك ويتعامل معه على هذا الأساس بينما هو غير مالك.

ولعل الاعتراض الواضح على هذا شرط الاحتفاظ بالملكية جاء استناداً إلى الفقه الاسلامى حيث إستنتج البعض من هذا الفقه منافاة الشرط المذكور لمقتضى عقد البيع الذى من شأنه، عند إنعقاده مستوفياً شروط صحته ونفاذه ولزومه، أن ينتقل الملك فى الحال من البائع إلى المشترى.

وحقيقة الأمر أن الفقه الاسلامى يميز بين أمرين: الأول إشتراط

البائع عدم تصرف المشترى في المبيع مطلقاً. الثانى، إشتراط البائع عدم تصرف المشترى فى المبيع حتى يعطى الثمن المؤجل. فالشرط فى الحالة الأولى مخالف لمقتضى العقد باجماع الفقهاء ويقع باطلاً. أما فى الحالة الثانية فالقاعدة أنه إذا ورد الشرط لمسوغ مشروع كضمان الوفاء بالثمن وقع صحيحاً.

أجاز القانون المدنى صراحة الشرط المذكور بنصه على جواز إشتراط البائع أن يكون نقل الملكية إلى المشترى موقوفاً على إستيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع. جاء النص المذكور مسايراً لما كان يجرى عليه القضاء منذ زمن قديم فى ظل القانون المدنى السابق. ويستقر شرط الاحتفاظ بالملكية فى القوانين المعاصرة نظراً لما يحققه من مصالح إقتصادية مشروعة من جهة ولعدم مخالفته للنظام العام من جهة أخرى، ذلك أنه من المقرر جواز الاتفاق على تعليق إنتقال الملكية على شرط معين أو تأجيل هذا الانتقال لأجل محدد، حيث أن تحديد وقت انتقال الملكية بالعقد أمر لا يتعلق بالنظام العام.

**(جـ) مجاله:**

إن شرط الاحتفاظ بالملكية عام التطبيق يمكن اللجوء إليه فى كل من بيع المنقولات والعقارات. ويكمن المجال الغالب للشرط المذكور فى بيع المنقولات المادية بالتقسيط حيث تنتقل ملكيتها إلى المشترى بمجرد العقد ولو لم يتم دفع الثمن، لذا يحرص البائع على إرجاء هذا الأثر ضماناً لاستيفاء حقه.

يختلف الأمر بالنسبة للعقار حيث يستطيع البائع الوصول إلى نفس النتيجة من خلال الامتناع عن القيام بالاجراءات اللازمة لتسجيل البيع ذلك أن التسجيل إجراء لا غنى عنه لنقل ملكية العقار. وغالباً ما

يتم الاتفاق بين المتبايعين على إجراء التسجيل لحين الانتهاء من سداد الثمن. وهذا الاتفاق ضرورى لتقوية مركز البائع فى مواجهة المشترى الممتنع عن دفع الثمن، حيث لا يمكن لهذا الأخير أن يلجأ لدعوى صحة ونفاذ عقد البيع لأن الشرط قبول هذه الدعوى هو أن يكون التزام البائع نفسه نافذاً وألا يكون محقاً فى إمتناعه عن التنفيذ. حقاً أن البائع يستطيع، ولو لم يوجد إتفاق على تعليق التسجيل على سداد الثمن، التمسك بجميع الدفوع التى تتعارض مع طلب المشترى إثبات صحة ونفاذ البيع بما فى ذلك التمسك بالامتناع عن التنفيذ لعدم قيام المشترى بتنفيذ التزاماته بالوفاء بالثمن، ولكن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ يخضع، فى حالة عدم وجود اتفاق، كما هو معلوم، لمبدأ وجوب مرعاة حسن النية فى التنفيذ، ومن ثم لا يجوز التمسك بهذا الدفع فى حالة ما إذا كان لم يتم تنفيذه من الالتزام المقابل قليل الأهمية بالنسبة لما نفذ منه.

وعلى ذلك إذا لم يكن هناك إتفاق صريح على ربط التسجيل بالانتهاء من دفع كل الثمن أو إتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية، فإن البائع لا يستطيع الامتناع عن إتمام اجراءات التسجيل فى حالة ما إذا كان الجزء المتبقى من الثمن قليل الأهمية بالنسبة للجزء المدفوع منه.

ويندر اللجوء إلى شرط الاحتفاظ بالملكية، فى بيع المنقولات المعينة بالنوع ذلك أن ملكية تلك المنقولات لا تنتقل إلى المشترى بمجرد العقد بل يلزم الافراز، وغالباً ما يعلق البائع ذلك الاجراء على إستيفاء حقوقه. وبفرض قيام البائع بافراز المبيع وتسليمه قبل قبض كل الثمن، فإنه يلجأ إلى وسائل أخرى لضمان حقه دون شرط الاحتفاظ بالملكية الذى لا يتفق غالباً وطبيعة هذه المنقولات نظراً لتماثل وحداتها وإمكان الحصول عليها دائماً من الأسواق، وهى غالباً ما تكون أشياء قابلة

للاستهلاك ينحصر إستعمالها بحسب ما أعدت له، فى إستهلاكها مادياً أو قانونياً، كالطعام والوقود والحبوب والمنسوجات، ومن ثم يتنافى شرط الاحتفاظ بالملكية مع الغرض الذى من أجله حصل عليها المشترى.

ومن المتصور كذلك ورود شرط الاحتفاظ بالملكية بصدد بيع الحقوق الذهنية كحق المؤلف والملكية الفنية والصناعية، كمن يبيع الحق فى براءه الاختراع مع الاحتفاظ بملكيته لضمان إستيفاء حقوقه. ولعل التطبيق البارز فى هذا المجال يتمثل فى بيع المحل التجارى، وهومنقول معنوى، مع الاحتفاظ بملكيته. وينبغى ملاحظة الأحكام الخاصة لنقل الحقوق المعنوية حيث يتطلب القانون إجراءات معينة لهذا الانتقال[1].

لعل تأخير إتمام إجراءات نقل الحق المعنوى يعد الضمانة الكافية للبائع لاستيفاء حقوقه قبل المشترى مما يغنيه عن شرط الاحتفاظ بالملكية الذى يقل وجوده فى هذا النوع من البيوع.

يتضح من كل ما سبق أن المجال الخصب لشرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع منقول معين بالذات.

### (د) مكانة الشرط وتطوره فى القانون الألمانى:

يحتل شرط الاحتفاظ بالملكية مكانة بارزة فى النظام القانونى الألمانى. يُبرز الشرط الفصل الجوهرى، داخل نطاق كل بيع، بين العقد المنشئ للالتزامات المتبادلة من جهة، والتصرف المجرد الناقل للملكية (العقد العينى) من جهة أخرى. وبالرغم من أنه يتم الاتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية عادة فى العقد الملزم (الأول) الذى ينعقد باتاً

---

(١) تعبر المادة٨٦ مدني علي ذلك بقولها: «الحقوق التي ترد علي شئ غير مادي تنظمها قوانين خاصة».

وبسيطاً، فإن هذا الشرط، الذى يوقف نقل الملكية لحين الوفاء بكامل الثمن، ينحصر تأثيره فى التصرف المجرد الذى لا يكون باتاً بل موصوفاً بالشرط. وينتج عن ذلك تعلق الشرط، فى ذات الوقت بكل من قانون الالتزامات، وقانون الأموال وقانون التأمينات. ويمثل الشرط المذكور نظاماً معقداً لا يمكن فهمه إلا من خلال الاطار المتكامل الذى يوجد فيه ويصعب فصله عن هذا الاطار، يعد الشرط جزءاً من نظام قانونى مترابط.

يحتل شرط الاحتفاظ بالملكية أهمية بالغة على صعيد الائتمان التجارى، فهو يأخذ، فى الواقع، إنطلاقاً من وظيفته الاقتصادية، مكانة بارزة، إلى جانب نقل الملكية والحقوق على سبيل الضمان، بين مجموعة التأمينات التى ترد على المنقول دون حيازته، لعل العامل المشترك بين كل هذه التأمينات هو أنها، إذا وردت على منقول مادى، لا تقتضى تخلى المدين عن حيازته، ولا تستلزم، إذا وردت على حق، اعلان المدين به. لا تخضع تلك التأمينات لأى من إجراءات الشهر الخاصة باعلام الغير بوجودها مع كل ما يمكن أن يترتب على ذلك من آثار متخيلة فى حالة الافلاس والتسوية القضائية. وذلك كله بخلاف الحال بالنسبة للرهن الحيازى ورهن الحق التقليديين اللذين ينظمهما القانون المدنى فى المواد ١٢٠٤، ١٢٧٩ وما بعدها.

نشأ هذا النوع من التأمينات وتطور فى ألمانيا، بعيداً عن النصوص. فهى مستوحاة لاجابة مقتضيات العمل ومن ثم لم تتوقف، عبر السنين، عن التطور والتنوع والتأقلم مع ضرورات الائتمان، وتصورات رجال العمل والقائمين على تحرير التصرفات القانونية، وورود فعل القضاء منها، ويأخذ كل نوع من أنواع هذه التأمينات، فى الوقت الراهن، العديد من الصور. وينطبق ذلك بطبيعة الحال على شرط

الاحتفاظ بالملكية الذى يأخذ أحياناً شكلاً بسيطاً، وأحياناً أخرى شكلاً ممتداً، وأحيانًا ثالثة شكلاً متسعاً. ويرد نقل الملكية على سبيل الضمان، أحياناً على مال محدد، ويرد كذلك على مخزون من البضائع متغير المحتوى، ويقبل بدوره الاتساع والامتداد شأن شرط الاحتفاظ بالملكية.

والواقع أن هذه القائمة المثيرة تدل على جانب من عبقرية القانون الألمانى وما يتمتع به رجال الأعمال، فى هذا البلد، من قدرة خاصة على جعل كل قيمة إقتصادية ممكنة أداة إئتمان. وباستثناء شرط الاحتفاظ بالملكية البسيط المنصوص عليه فى المادة ٤٥٥ مدنى، ينبغى، فى الواقع، إدراك أن كل الأنواع الأخرى للتأمينات الواردة على المنقول دون حيازته تستمد مبدأ صلاحيتها مما إستقر عليه العمل القضائى، وأصبحنا بالتالى أمام قاعدة عرفية أى أن المسألة باتت منظمة بالقانون العرفى، وكشأن أى مسألة ينظمها العرف، بالرغم من بيان معالمها الرئيسية، فإنها تظل تحمل بين طياتها بعض جوانب الغموض وعدم اليقين. أضف إلى ذلك أن هذه التأمينات يكمل بعضها الآخر أحياناً، وتتواكب فيما بينها أحياناً أخرى، ويندرج بعضها تحت لواء الأخر أحياناً ثالثة، ويقوم نوع من التنازع فيما بينها أحياناً رابعة على الأموال أو القيم المثقلة بها، مثال ذلك التنازع بين شرط الاحتفاظ بالملكية الموجود على البضاعة المبيعة بثمن مؤجل ونقل الملكية على سبيل الضمان الوارد على موجودات مخزن تضم البضاعة المذكورة. والتنازع بين الحوالة الاجمالية للحقوق لأحد البنوك وشرط الاحتفاظ بالملكية الممتد أى الذى يتضمن الحوالة المسبقة للحقوق التى ستولد عن اعادة بيع البضاعة المحتفظ بملكيتها للغير.

ويمكن القول إجمالاً، مع ذلك، بقيام نوع من التنسيق السلمى بين مجال إعمال كل من التأمينات السابقة، فنقل الملكية على سبيل الضمان يستخدم، بصفة أساسية، فى ضمان الائتمان المقدم من البنوك والمؤسسات المالية، إلى جانب تمتع هذه المنظمات بتأمينات أخرى وبصفة خاصة التأمينات العقارية. ويستخدم شرط الاحتفاظ بالملكية فى ضمان الائتمان الممنوح من الموردين لعملائهم. أما عن حوالة الحق على سبيل الضمان فتغطى بطريقة متفاوتة هذين النوعين من الائتمان اللذين يغذيان الاقتصاد الألمانى. ولا ينبغى أن يتبادر إلى الذهن تناقص حجم الإئتمان الموردين فى ألمانيا، فهو يشهد، على العكس، تزايداً مستمراً تحت تأثير المنافسة الحادة، وتقل بالتالى، أهمية الوفاء النقدى لثمن البضاعة، إلا أن الوفاء يتم بطريقة منتظمة، وعلى نحو أسرع مما هو معهود فى فرنسا مثلاً.

وينتج عن هذه الظاهرة الازدهار الواسع لشروط الاحتفاظ بالملكية وتشجيع إبرام العقود عن طريق تبنى الشروط العامة التى يضعها أحد الطرفين، وغالباً ما توضع هذه الشروط من قبل المورد، ويتضح من العمل أن كل المهنيين (صناع، تجار جملة أو تجزئة، مقاولون، حرفيون)، الذين يسلمون بضائعهم قبل إستيفاء الثمن، يحتفظون بملكيتها لحين إستيفاء كامل حقوقهم. ومما لا شك فيه أن المراكز الاقتصادية تتنوع وتتفاوت بشكل ملحوظ، فهى تختلف بحسب صفة كل من البائع والمشترى من جهة وبحسب طبيعة الأموال والبضائع المبيعة والأغراض المخصصة لها من جهة أخرى، وينتج عن ذلك بالضرورة تعدد وإختلاف صور نشاط الاحتفاظ بالملكية فى العمل. يستجيب الشرط، فى صورته البسيطة، للمراكز الاقتصادية السهلة أو الأولية. وتبدو الحاجة إلى تعميق الشرط ومد نطاق تطبيقه كلما ظهرت حاجة المشترى إلى

التصرف القانونى أو المادى فى الأموال المقدمة أساساً على سبيل الضمان.

**(هـ) مكانة الشرط وتطوره فى القانون الفرنسى:**

حاول المشرع الفرنسى الاستفادة من التجربة الألمانية بصفة خاصة واللحاق بالركب الأوربى بصفة عامة، جاء قانون١٢ مايو ١٩٨٥(م ٢/١٢١من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥) لتقوية شرط الاحتفاظ بالملكية من خلال إقرار نفاذه قبل جماعة دائنى المشترى المفلس. صدر التعديل المذكور بصعوبة بالغة إثر جدل حاد بين أنصاره وخصومه.

ينعى البعض على القانون المذكور مساسه الخطير بمبدأ المساواة بين الدائنين لصالح بعض البائعين بمنحهم نوعاً من الامتياز المميز دون شهر على حساب باقى الدائنين العاديين بل وحتى الخزانة العامة والتأمين الاجتماعى ومنظمات تأمين الأجور. أن نفاذ الشرط، طبقاً للتعديل السابق، من شأنه أن يدفع البنوك إلى تفضيل منح الائتمان للمشروعات الموردة على حساب الأئتمان الممنوح للمشروعات المشترية التى ستفقد، بالتالى، كل أنواع الائتمان ما عدا ذلك الممنوح لها من الموردين، ويستتبع ذلك نمو الأئتمان فيما بين المشروعات والذى يعد أحد عوامل التضخم. بل أن الرغبة فى إنقاذ المشروعات المتعثرة، كهدف رئيسى للتعديل التشريعى، تصبح مهددة باعمال الشرط نفسه حيث يترتب على قيام البائعين باسترداد البضائع نفاذ الجزء الأكبر من عناصر الجانب الايجابى للذمة المالية القائمة لحظة الحكم بالتسوية القضائية، ويستتبع ذلك، بالضرورة، فى أغلب الأحوال، التصفية النهائية لأموال المدين بدلاً من النهوض به. أى أننا نصبح، طبقاً لتعبير الفقه، أمام «افلاس الافلاس».

لكن المشاهدات المستمدة من التجربة الألمانية زودت أنصار التعديل التشريعى بالحجج الكافية للدفاع عن موقفهم. إن الحماية القوية التى يقدمها شرط الاحتفاظ بالملكية، بعد التعديل، للموردين من شأنها حثهم على الاستمرار فى توريد البضاعة لعملائهم المتعثرين ومنحهم آجلاً أطول للسداد، مما يقى هؤلاء مغبة الوقوع فى هاوية الافلاس، لن يحتاج البائع، بعد ذلك إلى الأخذ فى حسبانه، عند تحديد ثمن البضاعة المؤجل السداد، مخاطر إفلاس المشترى، ويستتبع ذلك بالضرورة إنخفاض الثمن أو على الأقل عدم تفاقمه، أضف إلى ذلك أن أعمال الأئتمان وتداوله سيشهد تقدماً تحسناً ملحوظاً. ففيما يتعلق بالطريقة الحالية لائتمان المورد، يقوم البائع بسحب كمبيالة على المشترى ويقدمها للخصم لدى البنك الذى يتعامل معه. تتسم هذه الطريقة فضلاً عن الموقف الغريب الناتج عن قيام البائع بالأقتراض للبيع، بالتعقيد والجمود والكلفة الناتجة عن عملية الخصم، وبالنسبة لائتمان المشترى القائم على شرط الاحتفاظ بالملكية يؤدى إعماله إلى تمكين المشترى، فى أغلب الأحوال من الوفاء بالثمن نقداً بفضل مساعدة بنكه، الذى بحلوله محل البائع فى إستيفاء حقه، يستطيع طلب إسترداد البضاعة طبقاً للشروط التى يحددها القانون، بل وكذلك طلب فسخ عقد البيع دون أن يكون طرفاً فيه، وينبغى عليه أخيراً تخزين البضاعة المستردة وإعادة بيعها، ويفضل البنك، تفادياً لمشقة تلك الاجراءات، توكيل عميله فى القيام بها مع التزامه برد ثمن إعادة البضاعة للبنك.

### (و) طبيعة الشرط:

يثير شرط الاحتفاظ بالملكية بعض الصعوبات فى العلاقة بين البائع والمشترى سواء فيما يتعلق بالمركز القانونى للمبيع ومصير عناصر

حق الملكية قبل الوفاء بالثمن، ومدى أحقية البائع فى إسترداد المبيع فى حالة عدم إستيفاء الثمن وإمكانية هذا الاسترداد من الناحية العملية. تبدو الصعوبة الحقيقية فى حالة افلاس المشترى، ومدى أحقية البائع فى التمسك بالشرط قبل جماعة الدائنين. رفض كل من القضاء الفرنسى والمصرى نفاذ الشرط فى هذه الحالة، أى أن القضاء فضل مصلحة الجماعة على مصلحة البائع إنطلاقاً من مبدأ المساواة بين الدائنين وحماية الائتمان الظاهرى القائم على وجود المنقول في حيازة المدين.

أدى موقف القضاء من الشرط إلى إضعافه والتقليل من فعاليته فى أداء دوره كأداة ضمان، بصفة خاصة فى حالة الافلاس كخطر داهم يهدد حق الدائن. عزف الأفراد والموردون خاصة، عن الركون إلى الشرط فى تعلمهم وقلت بالتالى قيمته كعنصر إئتمان. تم اللجوء إلى الاحتفاظ بالملكية، بطريقة غير مباشرة، من خلال إضفاء وصف آخر على العلاقة كالايجار البيعى والتأجير الائتمانى. يرفض القضاء، غالباً مثل هذا الوصف، بل أن المشرع نفسه قد نص صراحة على إعمال حكم البيع بالتقسيط على العلاقة حتى ولو سمى المتعاقدان البيع إيجاراً[1]. لذا ثار التساؤل عن مدى كفاية وجدوى الضمانات الاتفاقية الأخرى المتعارف عليها إلى جانب الضمانات القانونية المقررة لضمان حق البائع.

أن شرط الاحتفاظ بالملكية نموذج واضح للتأثير المتبادل والتداخل الشديد بين القانون والاقتصاد فى العصر الحديث، والدور الذى تلعبه النظم القانونية على صعيد الائتمان والنشاط الاقتصادى بصفة عامة. ويكشف الشرط المذكور أيضاً، عن الاتجاه نحو توظيف الملكية كوسيلة

---

(١) (م٤/٤٣٠) مدني. مؤلفنا شرط الاحتفاظ بالملكية

للضمان، بالاضافة إلى مفهومها الأساسى كحق عينى أصلى يخول صاحبه مكنات محددة، ازاء قصور نظم التأمينات التقليدية عن مواجهة مقتضيات التبادل التجارى من جهة وضمان حق البائع إزاء مخاطر إعسار أو افلاس المشترى من جهة أخرى.

ولعل الطبيعة الخاصة لشرط الاحتفاظ بالملكية تنبع، بالاضافة إلى طبيعته التعاقدية، من طابعه الائتمانى، فهو وإن تميز، من الناحية الفنية، عن التأمين العينى، إلا أن جوهره يكمن فى إحتفاظ البائع بملكية المبيع على سبيل الضمان لاستيفاء الثمن، ومن ثم لا يمكن إغفال نية الأطراف فى هذا المقام، ومدى حرص البائع على ضمان استرداد المبيع فى حالة عدم الوفاء بالثمن وخاصة عند إفلاس المشترى دون الدخول ضمن جماعة الدائنين. أصبح إستعمال الشرط المذكور والحديث عنه مرتبطاً بالمصطلحات الائتمانية المترادفة مثل الضمان والتأمين المتميز أو الفعال، وأصبح الشرط جزءاً من ظاهرة عامة تتمثل فى نمو التصرق الائتمانى ككل، وتوظيف الملكية فى دور جديد كوسيلة ضمان، ويبدو هذا بوضوح على صعيد قانون البنوك حيث يزدهر نقل الملكية والحقوق على سبيل الضمان. ويكفى الاشارة فى هذا المقام، إلى الأوراق التجارية التى أصبح التظهير الناقل لملكيتها هو المفضل غالباً، بالنسبة لها، عن التظهير على سبيل الضمان. وبدءً التكييفات التقليدية فى التصدع أمام ضغط الأساليب الفنية الحديثة.

**(ى) حكم الشرط فى القانون المصرى:**

كان الاتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية يعد دائماً صحيحاً فيما بين الأطراف، إلا أن الاحتجاج به على الغير كان، ولا يزال، يصطدم ببعض العقبات، خاصة فى حالة افلاس المشترى. كان القضاء يرفض إمكانية إسترداد البائع للبضاعة المبيعة مع الاحتفاظ بملكيتها، فى حالة

عدم إستيفاء ثمنها، بعد الحكم بشهرافلاس المشترى. يجد البائع نفسه ضمن جماعة الدائنين على أمل الحصول جزء ولو يسير من الثمن المستحق بعد التصفية الجماعية لأموال المشترى. ويؤدى ذلك إلى موقف شاذ حيث تباع البضاعة التى دخلت للمشترى حديثاً، ولا تزال مملوكة للبائع بمقتضى الشرط، بثمن بخس ليوزع غالباً على الدائنين الممتازين ويساهم البائع بذلك، بطريق غير مباشر، فى سداد الديون العامة (ضرائب وتأمينات...) المستحقة على المشترى.

من هنا كانت المخاطر الكبيرة وراء تسليم البضاعة إلى المشروعات المتعثرة وإحجام الموردين عن ذلك مما إستتبع صعوبة حصول هذه المشروعات على ما يلزمها للبقاء أو للنهوض أو الخروج من عثرتها ووقوعها السريع فى هاوية الافلاس على التوالى وبطريقة تلحق الاضرار بالاقتصاد القومى.

نفضل لكل ذلك، الابقاء على شرط الاحتفاظ بالملكية كأداة ضمان ووسيلة عملية ومتعارف عليها فى العلاقات التجارية وينظمها الأطراف والعرف التجارى طبقاً لمعطيات التعامل وإحتياجاته وما يتسم به من مرونة وتطور. فالشرط المذكور يوفق بين مصلحة البائع فى ضمان حقه فى الثمن ومصلحة المشترى فى الانتفاع ودفع حركة نشاطه التجارى، ولكن مصلحة دائنى المشترى هى التى تظل موضع تساؤل.

يستوجب الأمر فى رأينا، اضفاء قدر أكبر من الفعالية على شرط الاحتفاظ بالملكية كى يقوم بأداء دوره فى تنشيط الحركة المالية وتدعيم التبادل التجارى ويصبح أداة إئتمان إلى جانب دوره كوسيلة ضمان ... ويغنى الأفراد عن البحث عن وسائل أخرى لضمان حقوقهم، صريحة أو

مقنعة، كالبيع الايجارى والتأجير الائتمانى، والايجار المقترن بوعد البيع.... ويتأتى ذلك من خلال نفاذه قبل جماعة دائنى المشترى المفلس. يتطلب الأمر عملية توفيق بين مصلحة هذه الجماعة ومصلحة البائع أى الوصول إلى ضمان حقه دون المساس بالائتمان الظاهرى للدائنين.

ونعتقد أن الوسيلة المناسبة هى تطلب الكتابة ثابتة التاريخ، أى أنه يلزم، لنفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية قبل جماعة دائنى المشترى، وجود إتفاق كتابى على الشرط، ثابت التاريخ قبل أو لحظة تسليم البضاعة. لا يلزم ثبوت الكتابة فى محرر رسمى بل يكفى مجرد ورقة عرفية، وذلك لمنع تحايل المشترى إضراراً بحقوق دائنيه. ويمكن إعلام المتعاملين مع التاجر من خلال إلزامه بقيد البضاعة التى يشتريها محملة بشرط الاحتفاظ بالملكية، فى سجل خاص أو جانب معين من دفاتره التجارية يسهل الاطلاع عليه مع تقدير الجزاء المناسب على مخالفته هذا الالتزام، ولعل إهدار الثقة فى التاجر المخالف، أو غير المنتظم فى إجراء القيد، أثر توقيع الجزاء عليه، يعد جزاءاً رادعاً فى هذا المقام.

إن إشتراط ثبوت التاريخ يتفق وقواعد القانون المدني فيما يتعلق بنفاذ التصرف قبل الغير، إلا أنه يخالف ما هو مستقر في القانون التجاري، لعل خطورة آثار نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية قبل الدائنين تستوجب ذلك الاستثناء الذي، وإن شكل قيداً على حرية التعامل، إلا أن فائدته تعود على الجميع من خلال تحقيق الضمان والاستقرار اللازمين لحماية الإئتمان التجاري. ولا يشكل ذلك مساسًا قويًا بالرضائية الثابتة افي المعاملات التجارية نظراً لأن المادة ١٥ من قانون الإثبات ذكرت

وسائل إثبات التاريخه على سبيل المثال لا الحصر، ويستطيع القاضي أن يعتد بأي رمارات قاطعة الدلالة على حقيقة تاريخ المحرر العرفي وويستند في ذلك إلى وقائع قاطعة حتى لا يُخل بالحمانية التي كفلها المشرع للغير.

وبناء عليه يمكن إضافة نص في القانون التجاري، أو فقرة جدية في المادة ٣٧٩ منه، لتقرير نفاذ حق البائع، قبل جماعة الدائنين، في إسترداد البضاعة التي يحتفنظ بملكيتها ولم يستوف ثمنها، وأحقيته في حالة تصرف المشتري فيها، في الحصول على ثمنها أو المتبقي منه في ذمة المتصرف إليه، ولعل الصياغة تكون «يجوز إسترداد البضاعة التي إشترط البائع، في محرر ثابت التاريخ قبل تسليمها، الإحتفاظ بملكيتها، إذا ظلت على حالتها العينية. وإذا تم التصرف في البضاعة جاز إسترداد ثمنها أو المتبقي منه لدى المتصرف إليه».

هذا الإقتراح الذي خلصنا إليه في بحثنا عام ١٩٩٤ تبناه المشروع في قانون التجارة الجديد رقم ٧ لعام ١٩٩٩ بنصه في المادة ٢/١٠٦ على أنه مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في باب الإفلاس لا يكون شرط الاحتفاظ بالملكية نافذاً على الغير إلا إذا كان الشرط مدونًا في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التي يتخذها الدائنون على المبيع. ولعل النفاذ هنا يعني إمكان إسترداد المبيع أو إستيفاء ما تبقى للبائع من ثمن من قيمة المبيع أو من حصيلة التصرف فيه، وذلك بالأفضلية على الدائنين الآخرين.

## المطلب السابع

## التمويل العقاري (الضمان العقاري)

رغبة من المشرع في تشجيع وتنمية الإستثمار العقاري أصدر قانون التمويل العقاري رقم ١٤٨ لسنة٢٠٠١ لتوفير التمويل من جهة وتدعيم الأئتمان من جهة أخرى.

**(أ) مجال التمويل ومصادره:**

يكون نشاط التمويل للاستثمار في مجالات شراء أو بناء أو ترميم أو تحسين المساكن والوحدات الإدارية والمنشآت الخدمية ومباني المحال المخصصة للنشاط التجاري.

ويتولى نشاط التمويل العقاري الجهات الآتية:

١- الأشخاص الاعتبارية العامة التي يدخل هذا النشاط ضمن أغراضها.

٢- البنوك المسجلة لدى البنك المركزي بعد موافقته.

٣- شركات التمويل العقاري التي تنشأ لهذا الغرض بترخيص من الجهة الإدارية، وتأخذ شكل شركة المساهمة المصرية.

ينشأ صندوق لضمان ودعم نشاط التمويل العقاري، تكون له الشخصية الإعتبارية العامة، وذلك في مجال بيع المساكن لذوي الدخول المنخفضة، عن طريق تحمل الصندوق لجانب من قيمة القسط، وبما يكفل النزول بعبء التمويل إلى الحدود التي تتناسب مع دخولهم بما لا يجاوز ربع الدخل.

وتتكون موارد الصندوق من الاشتراكات التي يلتزم المستثمرون والممولون في هذا المجال بأدائها، والتبرعات والهبات، وما تخصصه الدولة للصندوق من مبالغ، وحصيلة الغرامات المحكوم بها طبقًا للقانون، وحصيلة إستثمار أموال الصندوق.

**(ب) إتفاق التمويل:**

يكون التمويل العقاري، في مجال شراء العقارات، بموجب إتفاق تمويلي بين الممول والمشتري باعتباره المستثمر وبائع العقار، ويجب أن يتضمن الاتفاق ما يأتي:

١- الشروط التي تم قبولها من البائع والمشتري في شأن بيع العقار بالتقسيط، بما في ذلك بيان العقار وثمنه.

٢- مقدار المعجل من ثمن البيع الذي أداه المشتري للبائع.

٣- عدد وقيمة أقساط باقي الثمن وشروط الوفاء بها، على أن تكون محددة إلى حين إستيفائها بالكامل.

٤- قبول البائع حوالة حقوقه في أقساط الثمن إلى الممول بالشروط المتفق عليها.

٥- إلتزام البائع بتسجيل العقار باسم المشتري خالية من أي حقوق عينية على الغير.

٦- إلتزام المشتري بقيد حق إمتياز الثمن المحالة أقساطه إلى الممول، وذلك ضمانًا للوفاء بها.

٧- إلتزام أطراف الإتفاق بإعطائه تاريخًا ثابتًا.

فإذا كان التمويل لغرض الإستثمار في بناء عقار على أرض يملكها المستثمر أو لغرض ترميم أو تحسين عقار يملكه أو غير ذلك من المجالات، تعين أن يكون التمويل بموجب إتفاق بينه وبين الممول وبين أي طرف آخر يكون له شأن في الإتفاق.

**(جـ) ملامح الضمان العقاري وتقويته:**

١- يتم التمويل بضمان حق الإمتياز على العقار الضامن أو رهنه رهنًا رسميًا أو غير ذلك من الضمانات التي يقبلها الممول طبقًا للقواعد والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

٢- يتم قيد الضمان العقاري في مكتب الشهر العقاري الكائن في دائرته العقار الضامن، ويرفق به إتفاق التمويل وسند ملكية العقار. ويعفي قيد هذا الضمان وتجديده وشطبه من جميع الرسوم والمصروفات. ولا شك في أهمية هذا القيد للإحتجاج بالضمان على الغير.

٣- يتم حوالة حقوق البائع في أقساط الثمن إلى الممول بالشروط التي يتفقان عليها. ويلتزم المشتري بقيد حق إمتياز الثمن المحالة أقساطه إلى الممول وذلك ضمانًا للوفاء بها.

٤- إذا أراد المستثمر التصرف في العقار الضامن أو تأجيره أو تمكين غيره من الإنفراد بشغله، تعين الحصول على موافقة الممول، الذي يحق له إشتراط الشروط الاتية للموافقة:

- قبول المتصرف إليه الحلول محل المستثمر في الإلتزامات المترتبة على إتفاق التمويل.

- حوالة الحق في أجرة العقار أو مقابل شغله إلى الممول وذلك وفاءً لمستحقاته.

- تضامن المستثمر مع المتصرف إليه في الوفاء بالإلتزامات المترتبة على إتفاق التمويل للممول.

ولكن لا يجوز للممول رفض الموافقة على التصرف في العقار الضامن أو تأجيره أو تمكين الغير من الانفراد بشغله، إلا لأسباب جدية تتعرض معها مصالحه وحقوقه للخطر، ويجب عليه إخطار المستثمر بهذه الأسباب كتابة خلال ثلاثين يومًا من تاريخه إخطار المستثمر له برغبته في التصرف أو في التأجير أو تمكين الغير من الانفراد بشغل العقار، وإلا أعتبر موافقًا على ذلك.

- إذا تصرف المستثمر في العقار الضامن أو أجره أو مكن أحداً من الغير في شغله بالمخالفة للأحكام السابقة، كان للممول أن يطالبه بباقي أقساط الثمن أو باقي قيمة إتفاق التمويل بحسب الأحوال، بإنذار على يد محضر بالوفاء خلال مهلة لا تقل عن ثلاثين يومًا، فإذا لم يقم المستثمر بهذا الوفاء، كان للممول أن يتخذ في مواجهته إجراءات التنفيذ على العقار الضامن طبقًا لهذا القانون.

٥- يجوز للممول أن يشترط على المستثمر التأمين لصالح الممول بقيمة حقوقه لدى إحدى شركات التأمين المصرية وذلك ضد مخاطر عدم الوفاء بسبب وفاة المستثمر أو عجزه.

**(د) حوالة الحقوق الناشئة عن إتفاق التمويل:**

يجوز للممول أن يحيل حقوقه الناشئة عن إتفاق التمويل إلى إحدى الجهات التي تباشر نشاط التوريق، وتلتزم الجهة المحال إليها بالوفاء بالحقوق الناشئة عن الأوراق المالية التي تصدرها في تواريخ إستحقاقها من حصيلة الحقوق المحالة.

ويضمن الممول الوفاء بالحقوق الناشئة عن الأوراق المالية السابقة، كما يجوز الإتفاق على ضمان الغير للوفاء بتلك الحقوق.

ويستمر الممول في تحصيل الحقوق المحالة، ومباشرة الحقوق الناشئة عن إتفاق التمويل، وذلك لصالح أصحاب الأوراق المالية التي يصدرها المحال له وبصفته نائبًا عنه، وفي الحدود التي يتضمنها إتفاق الحوالة.

وعلى الممول أن يفصح للمحال له عن البيانات الخاصة بشزن إتفاق التمويل الذي تمت حوالة الحقوق الناشئة عنه وذلك دون حاجة إلى موافقة المستثمر.

**(هـ) التنفيذ على العقار:**

- للممول في حالة عدم وفاء المستثمر بالمبالغ المستحقة عليه ومضى ثلاثين يومًا من تاريخ إستحقاقها، أو عند ثبوت نقص مخل بضمان الممول لقيمة العقار بفعل أو إهمال المستثمر أو شاغل العقار. فحكم قضائي واجب النفاذ، أن ينذر المستثمر بالوفاء أو بتقديم ضمان كاف بحسب الأحوال وذلك خلال ستين يومًا علي الأقل من تاريخ الإنذار.

- إذا إنقضت المدة المحددة بالإنذار دون قيام المستثمر بالوفاء أو بتقديم الضمان، كان ملتزمًا بالوفاء بكامل المبالغ المتبقية طبقًا لإتفاق التمويل العقاري.

ويكون للمول في هذه الحالة أن يطلب من قاضي التنفيذ الذي يقع العقار في دائرة إختصاصه وضع الصيغة التنفيذية علي إتفاق التمويل والأمر بالحجز على العقار الضامن تمهيداً لبيعه وذلك بعد إعلان المستثمر قانونًا لسماع أقواله.

- يقوم الممول، بعد وضع الصيغة التنفيذية على إتفاق التمويل، بإعلانه إلى المستثمر، مع تكليفه بالوفاء خلال مدة لا تقل عن ثلاثين يومًا، كما يقوم بإعلانه إلى مكتب الشهر العقاري المختص للتأشير به بغير رسوم خلال مدة لا تجاوز أسبوعًا على هامش قيد الضمان العقاري مع إعلان ذلك إلى جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار وإلى حائزه، وإلا كان التكليف بالوفاء غير نافذ في حقهم.

- يقوم التأشير بالسند التنفيذي في مكتب الشهر العقاري مقام تسجيل تنبيه نزع الملكية.

- إذا لم يقم المستثمر بالوفاء خلال المدة المحددة له في الإعلان بالسند التنفيذي، يصدر قاضي التنفيذ، بناء على طلب الممول، أمراً بتعيين وكيل عقاري من بين الوكلاء المقيدة أسماوهم في سجل تعده الجهة الإدارية لهذا الغرض، وذلك لمباشرة إجراءات بيع العقار بالمزاد العلني المحددة في هذا القانون تحت الإشراف المباشر لقاضي التنفيذ.

- إذا قام المستثمر بالوفاء بما حل عليه من أقساط في أي وقت سابق علي إيقاع البيع، وجب على الوكيل العقاري أن يوقف الإجراءات، ويلتزم المستثمر بأن يؤدي إلى الممول المصروفات التي يصدر بتقديرها أمر من قاضي التنفيذ.

- على الوكيل العقاري أن يعلن كلاً من المستثمرين وحائز العقار والدائنين المقيدة حقوقهم بشروط البيع وموعده والإعلان عنه بالطرق المحددة. ويتولى الوكيل إجراء المزايدة التي تبدأ بالنداء على الثمن الأساسي وتنتهي بإيقاع البيع علي من تقدم بأكبر عرض.

- يصدر القاضي حكمًا بإيقاع البيع بناءًا على ما تم من إجراءات وسداد كامل الثمن، ويأمر بتسليم العقار خاليًا من شاغليه إلى من حكم بإيقاع البيع عليه، ما لم يكن الممول قد سبق أن وافق على شغلهم العقار أو كانوا مستأجرين له بعقود ثابتة التاريخ قبل إتفاق التمويل.

- يقوم من حكم بإيقاع البيع عليه، بتسجيل الحكم، ويترتب على هذا التسجيل تطهير العقار من جميع الحقوق العينية التبعية التي أعلن أصحابها بالسند التنفيذي وبإجراءات البيع.

- يقوم الوكيل العقاري بإيداع حصيلة البيع خزينة المحكمة، ويتولى قاضي التنفيذ توزيع هذه الحصيلة على الدائنين حسب مرتبتهم، وذلك بعد أن يصبح حكم إيقاع البيع نهائيًا.

# الفصل الخامس
# الإلتزام الطبيعى

## (أ) تعريف الإلتزام التطبيعى ومقوماته :

يعتبر الإلتزام المدنى إلتزاماً كاملاً، وفى حالة تخلف المدين عن الوفاء به، فإن السلطة العامة تساعد الدائن على تنفيذه جبراً على المدين، وهذا بعكس الحال فى الواجب الأدبى وقواعد المجاملات حيث لا يوجد أى إلزام فى الوفاء بهم.

وبين الإلتزام القانونى والواجب الخلقى توجد طائفة ثالثة من الإلتزامات هى الإلتزامات الطبيعية. فالإلتزام الطبيعى يعتبر إلتزاماً ولكنه ناقص لأنه لا يحميه جزاء، أى لا يمكن تنفيذه جبراً على المدين، بل يكون هذا الأخير حراً فى الوفاء أو عدم الوفاء به. إلا أنه متى تم تنفيذه لا يكون هذا التنفيذ تبرعاً بل هو وفاء لأن الإلتزام الطبيعى، وإن كان مجرداً من عنصر الجبر، إلا أنه مع ذلك إلتزام قائم فى ذمة المدين.

فإذا كان الإلتزام المدنى ينطوى على عنصرين: المديونية، وهى الواجب القانونى الذى يفرض على المدين الوفاء به، والمسؤولية، وهى إجبار المدين على الوفاء بواجبه، فإن الإلتزام الطبيعى إلتزام ناقص لا ينطوى إلا على عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية.

## (ب) حالات الإلتزام الطبيعى :

**أولاً: الحالات التى نص عليها القانون:** قد ينص المشرع على

بعض صور الإلتزام الطبيعى، وفى تلك الحالات ينطبق حكم النص القانونى، مثال ذلك النص على أنه إذا إنقضى إلتزام مدنى بالتقادم تخلف عنه فى ذمة المدين إلتزام طبيعى[1].

وينبغى ملاحظة أن الإلتزام لا ينقضى بمجرد إكتمال مدة التقادم بل يظل إلتزاماً مدنياً واجب الوفاء إلى أن يدفع بتقادمه، فإذا إنقضى الإلتزام المدنى بالتقادم تخلف عنه إلتزام طبيعى فى ذمة المدين[2].

ويشترط لإعتبار الدين بعد سقوطه إلتزاماً طبيعياً أن لا يكون مخالفاً للنظام العام[3].

**ثانياً: حالة عدم وجود نص، ترك الأمر للقضاء:** يقدر القاضى، عند عدم وجود نص، ما إذا كان هناك إلتزام طبيعى، وفى كل حال لا يجوز أن يقوم إلتزام طبيعى يخالف النظام العام[4].

فللقاضى إذن سلطة تقدير وجود إلتزام طبيعى من عدمه، إلا أن سلطة القاضى فى التقدير ليست مطلقة بل هى مقيدة بقيدين، هما فى

---

(١) م٣٨٦ مدني. عبد الودود يحيى، الاحكام ص٣٧٤

(٢) وهذا هو المبدأ الذي قررته محكمة النقض وتطبقه بقولها: «... ولما كان الثابت أن الطاعنين نزلوا عن التقادم بعد أن إكتملت مدته وقبل أن يرفعوا دعواهم التي تمسكوا فيها بإنقضاء الدين بالتقادم، فإن مؤدي ذلك أن يبقي الإلتزام مدنياً ويلزم الطاعنين بأداء الدين ولا يتخلف عنه إلتزام طبيعي (نقض ١٨/٢/١٩٧٥ س٢٦ ص٤٢٩).

(٣) م٢٠٠ مدني.

(٤) يشترط لإعتبار الدين بعد سقوطه إلتزاماً طبيعياً أن لا يكون مخالفاً للنظام العام، ولما كان التقادم في المسائل الجنائية يعتبر من النظام العام فإنه إذا تكاملت مدته لا يتخلف عنه أي إلتزام طبيعي وإذن فمتي كان الحكم قد قرر أن دفع الغرامة من المحكوم عليه بعد سقوطها بالتقادم يعتبر بمثابة وفاء لدين طبيعي لا يصح إسترداده، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون (نقض ٢٤/٣/١٩٥٥ س٦ ص٨٦١).

الحقيقة الشرطان اللازمان لقيام الإلتزام الطبيعى.

**الأول:** يتعين على القاضى أن يتحقق من قيام واجب أدبى، وأن يتثبت من أن هذا الواجب يرقى فى وعى الفرد أو فى وعى الجماعة إلى مرتبة الإلتزام الطبيعى. والمعيار هنا معيار موضوعى لا ذاتى، أى لا يعتمد على الإحساسات الشخصية للفرد، بل على ما يشعر به الإنسان العادى وما تحس به الجماعة بصفة عامة.

ومن أمثلة الواجبات الأدبية التى ترقى إلى مرتبة الإلتزام الطبيعى إلتزام الشخص بتعويض آخر عن الضرر غير المباشر الذى حاق به من جراء خطأ وقع منه. وإلتزام الشخص بالإنفاق على الأقارب الذين لا تلزمه نفقتهم قانوناً، وإلتزام الأب بتجهيز إبنته[1].

**الثانى:** لا يجوز أن يقوم إلتزام طبيعى مخالف للنظام العام، إذ أن الواجبات الخلقية لا يتصور أن تكون غير مشروعة، وعلى ذلك لا يمكن أن يكون إلتزاماً طبيعياً التعهد بدفع دين الرهان أو المقامرة،

---

(٢) وتقرر المذكرة الريضاحية في هذا الصدد أن أمر الفصل في صور الإلتزام الطبيعي موكول إلي تقدير القاضي، لتعذر الإحاطة بها علي سبيل الحصر. والحق أن أحكام القضاء حافلة بضروب من الواجبات الأدبية أنزلت منزلة الإلتزامات الطبيعية، علي أن الفقه يقسم تطبيقات الإلتزام الطبيعي تقسيماً سهل المأخذ، فيردها إلي طائفتين: تنظم أولاهما ما يكون أثراً تخلف عن إلتزام مدني تناسخ حكمه، كما هو شأن الديون التي تسقط التقادم أو تنقضي بتصالح المفلس مع دائنيه أو يقضي ببطلانها لعدم توافر الأهلية. ويدخل في الثانية ما ينشأ واجباً أدبياً من الأصل، كالتبرعات التي لا تستوف فيها شروط الشكل، وإلتزام الشخص بالإتفاق علي ذوي القربي ممن لا تلزمه نفقتهم قانوناً، والإلتزام بإجازة شخص علي خدمة أداها (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٩٨).

حيث يجوز لمن دفع فى هذه الحالة أن يسترد ما دفعه[1].

**(جـ) آثار الإلتزام الطبيعى :**

نظراً لتوافر عنصر المديونية فى الإلتزام الطبيعى وإنعدام عنصر المسؤولية فيه، فإنه يترتب على ذلك عدة نتائج[2] هى:

١- إذا قام المدين بالوفاء بالإلتزام الطبيعى كان وفاؤه صحيحاً، ويجب أن يكون المدين، عند وفائه بالإلتزام، على بينة وإختيار، أى إنه يعلم أنه يوفى بدين وهو غير مجبر على الوفاء به. ويترتب على ذلك أنه يمتنع عليه المطالبة برد ما دفع نظراً لأنه قد أوفى بدين وليس

---

(١) وتقرر المذكرة الإيضاحية ذلك بقولها: «يتعين علي القاضي عند الفصل في أمر الإلتزامات الطبيعية أن يتحقق أولاً من قيام واجب أدبي، وأن يتثبت بعد ذلك من أن هذا الواجب يرقي في وعي الفرد أو في وعي الجماعة إلي مرتبة الإلتزام الطبيعي، وأن يستوثق في النهاية من أن إقراره علي هذا الوجه لا يتعارض مع النظام العام». «وإذا كان من غير الميسور بيان صور الإلتزام الطبيعي علي سبيل الحصر، فليس ثمة بد من أن يترك أمرها لتقدير القضاء، ليقرر في أي الأحوال وبأي الشروط يعتبر الواجب الأدبي واجباً يعترف به القانون. وليس يحد من سلطان القضاء في هذا الشأن إلا وجوب مراعاة النظام العام والآداب، فلا يجوز له إقرار الإلتزام الطبيعي بأي حال متي كان مخالفاً لهما» (الأعمال التحضيرية٢ ص٤٩٩، ٤٩٥).

(٢) وتعبر نفس المذكرة عن ذلك بقولها أنه من الميسور تحديد آثار الإلتزام الطبيعي تحديداً تقريبياً، ولاسيما إنها جد قليلة. ومن المأثور أن الإلتزام الطبيعي في القانون الحديث يفترق عن صنوه عند الرومان بأنه أكثر صوراً في نطاق التطبيق، وأقل إنتاجاً في نطاق الآثار، وهو بهذا يعوض في ناحية ما يفوته من الناحية الأخري. وتنحصر هذه الآثار في أمرين لا أكثر: أولهما أن أداء المدين إختياراً لما يجب عليه بمقتضي إلتزام طبيعي يكون له حكم الوفاء ولا يعتبر تبرعاً والثاني أن هذا الإلتزم يصلح سبباً لإلتزام مدني. وفيما عدا هذين الأثرين لا يرتب الإلتزام الطبيعي أي أثر آخر، فلا يجوز علي وجه الخصوص أن يقاص في إلتزام مدني أو أن يكفل كفالة شخصية أو عينية (الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٩٥).

تبرعاً[1].

٢- يصلح الإلتـزام الطبيـعى أن يكون سبباً لإلتزام مدنى، فإذا تعـهد المدين بالوفاء بالإلتـزام الطبيـعى تحـول هذا الإلتزام إلى إلتزام مدنى ويمكن إجباره على تنفيذه. ولكن مجرد الإعـتراف لا يكفى بل يلزم أن يكون هناك تعهد بالوفاء صادر عن بينة وإختيار[2].

٣- عدم جواز المقاصة بين الإلتزام الطبيعي والإلتزام المدنى، لأن المقاصة تعتبر نوعاً من الوفاء يقع بقوة القانون، أى جبراً على المدين من جهة، ولأن المقاصـة القانونيـة تتطلب المساواة بين الدينين فى القـوة من جهة أخرى[3].

---

(١) وتقرر ذلك نفس المذكرة بقولها: يشترط لصحة هذا الوفاء أن يقوم به المدين من تلقاء نفسه دون إجبار وأن يكون حاصلاً عن بينة منه أي وهو يدرك أنه يستجيب لمقتضي إلتزام طبيعي لا يكفل له القانون جزاء. فإذا تحقق هذا الشرط كان لأداء المدين حكم الوفاء لا حكم التبرع. ويتفرع علي ذلك نتائج أربع: أولاها إمتناع المطالبة برد ما دفع، فهو لم يؤد وفاء لدين غير مستحق أو تبرعاً يجوز الرجوع فيه، وإنما أدي وفاء لما هو واجب دون أن تحدو نية التبرع عليه. والثانية عدم اشتراط شكل خاص للوفاء بالإلتزام الطبيعي، علي خلاف التبرعات فيغلب فيها إشتراط ذلك. والثالثة الإكتفاء في تنفيذ الإلتزام الطبيعي بأهلية الوفاء بوجه عام، دون إشتراط أهلية التبرع. الرابعة إعتبار أداء المدين وفاء لا تبرعاً، وبوجه خاص فيما يتعلق بتطبيق أحكام الدعوي البوليصية وتصرفات المدين مرض الموت (الأعمال التحضيرية٢ ص٥٠٠).

وتنص علي ذلك المادة ١٩٩ مدني بقولها «أن ينفذ الإلتزام جبراً علي المدين. ٢- ومع ذلك إذا كان الإلتزام طبيعياً فلا جبر في تنفيذه».

وتنص المادة ٢٠١ مدني علي أنه لا يسترد المدين ما أداه مختاراً، قاصداً أن يوفي إلتزاماً طبيعياً.

(٢) تقرر المادة ٢٠٢ مدني ذلك بقولها: الالتزام الطبيعي يصلح سببًا لالتزام مدني.

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية أنه لا يجوز أن يقاص إلتزام طبيعي في إلتزام مدني، =

٤- لا يجوز تأمين الإلتزام الطبيعى بكفالة شخصية أو برهن، لأن فى ذلك إجبار المدين على تنفيذ الإلتزام بطريق غير مباشر، إذ فى حالة كفالة الإلتزام، يجبر الكفيل على الوفاء به إذا لم يقم المدين بالوفاء، ثم يرجع الكفيل على المدين[1].

---

= لأن المقاصة ضرب من ضروب الوفاء القهري. بيد أن للدائن أن يتمسك بوقوع المقاصة بين دينه ودين طبيعي يلزم أداؤه، إذ القصاص في هذه الصورة يكون بمنزلة الوفاء إختياراً (الأعمال التحضيرية٢ ص٥٠٢).

(١) وتقرر نفس المذكرة بأنه لا تجوز كفالة الإلتزام الطبيعي كفالة عينية أو شخصية ما بقي في نطاق الواجبات الأدبية. ذلك أن الكفالة إلتزام تابع فلا يجوز، والحال هذه، أن تكون أفعل أثراً من الإلتزام الأصيل. ولا وجه للقياس في هذا الشأن علي كفالة إلتزام ناقص الأهلية، فهذه الكفالة يكون لها حكم الصحة بإعتبارها إلتزاماً أصيلاً لا تابعاً. وصفوة القول أن كفالة الإلتزام الطبيعي لا تصح إلا إذا إعترف به والحق تفريعاً علي ذلك بالإلتزامات المدنية. ومما هو جدير بالذكر أن القانون الروماني يجيز كفالة الإلتزام الطبيعي كما يجيز القصاص فيه، علي خلاف ما هو متبع في القانون الحديث (الأعمال التحضيرية٢ ص٥٠٢).

# الباب الثاني

## أوصـاف الإلتـزام

الإلتزام قد يكون بسيطاً، أي مجرد رابطة قانونية تقوم بين شخصين: دائن ومدين ولم يلحق به وصف يعدل من آثاره. والوصف هو أمر معين يلحق الإلتزام فى أحد عناصره، ويؤدى إلى تعديل آثاره، ويسمى الإلتزام فى هذه الحالة بالإلتزام الموصوف أو الإلتزام المركب. وهذه الأوصاف على أنواع ثلاثة:

١- منها ما يتصل بنفاذ الإلتزام أو وجوده، أى تجعله غير منجز وهى الشرط والأجل.

٢- ومنها ما يتصل بمحل الإلتزام، فقد يتعدد المحل، فيكون الإلتزام تخييرياً أو بدلياً.

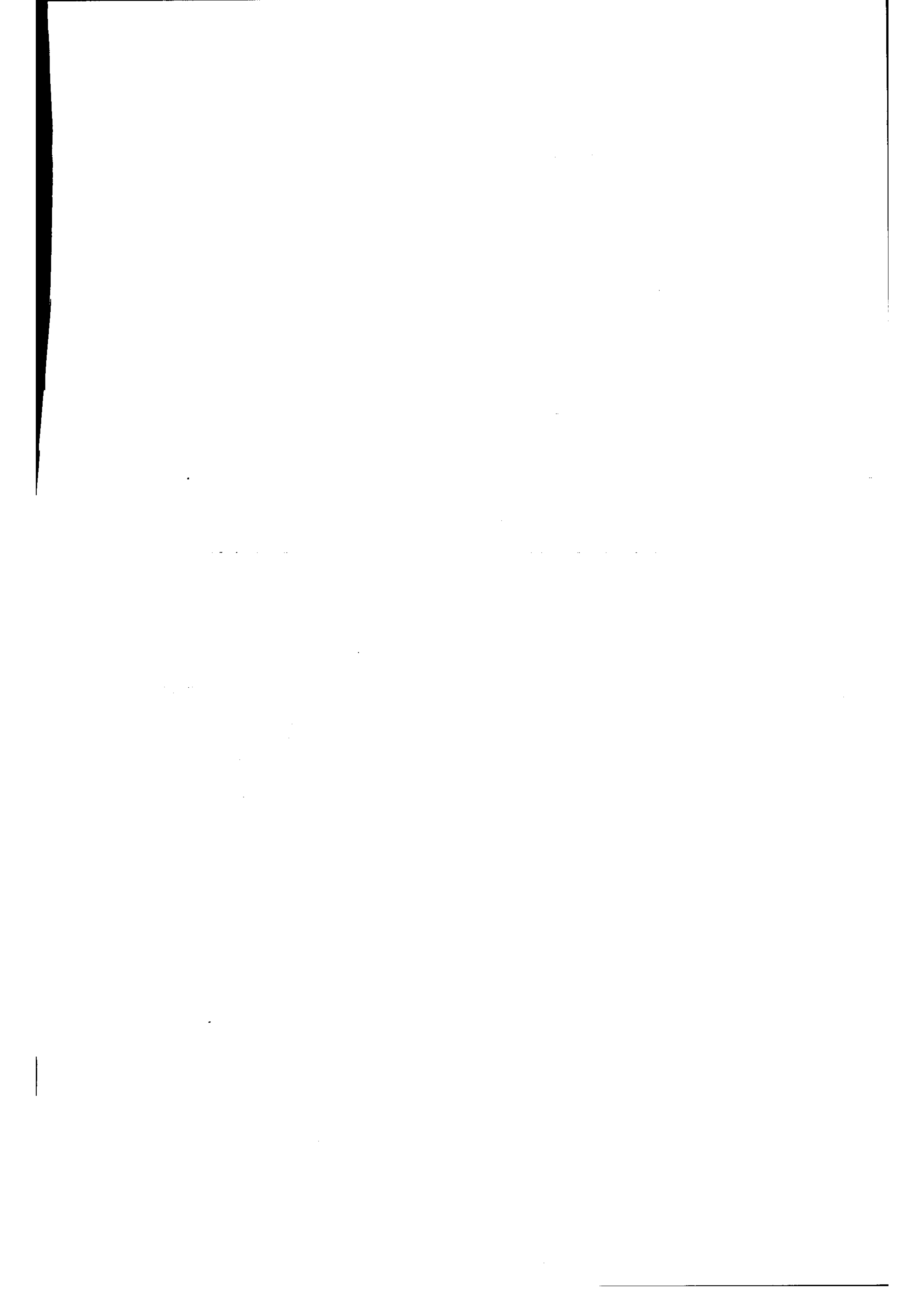
٣- وقد يتصل الوصف بطرفى الإلتزام، فقد يتعدد الطرفان، فيكون الإلتزام مشتركاً أو تضامنياً.

وسنتكلم فى أوصاف الإلتزام فى ثلاثة فصول:

**الأول:** الشرط والأجل.

**الثانى:** تعدد محل الإلتزام (الإلتزامات البدلية والتخييرية).

**الثالث:** تعدد أطراف الإلتزام (الإلتزامات التضامنية).



# الفصل الأول
# الشرط والأجل

## (أ) التمييز بين الشرط والأجل :

يكون الإلتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع. ويكون الإلتزام لأجل إذا كان نفاذه أو إنقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع[1].

يتضح من ذلك أن الشرط والأجل كلاهما وصف في الإلتزام من شأنه التعديل في آثاره. والشرط كالأجل كلاهما أمر مستقبل، ولكن تأثيرهما على الإلتزام ليس واحداً[2]، إذ الشرط يتميز عن الأجل بأنه غير محقق الوقوع. ومن ثم فالإلتزام المعلق على شرط يكون غير محقق في قيامه أو في زواله، أي أن أثر الشرط يرد على وجود الإلتزام ذاته.

فإذا كان الشرط واقفاً، فإن الإلتزام لا يوجد إلا بوقوع الشرط. ويعتبر الإلتزام قد وجد مؤكداً من يوم الإتفاق أي بأثر رجعي. مثال

---

(١) م٢٦٥، ١/٢٧١ مدني .

(٢) مفاد نص المادتين ٢٦٥ ، ١/٢٧١ من القانون المدني، إنه وإن كان كل من الشرط والأجل وصفاً يلحق الإلتزام، فإنهما يختلفان في قوامهما اختلافاً ينعكس أثره علي الإلتزام الموصوف، بينما لا يكون الإلتزام المعلق علي شرط محققاً في قيامه أو زواله، إذ بالإلتزام المضاف إلي أجل يكون محققاً في وجوده مؤجل النفاذ ومؤجل الإنقضاء. ولما كان مفاد البند الخامس من عقدي الإيجار ينص علي أن مدة العقد سنة واحدة تبدأ من تاريخ صدور الترخيص، فإن عقدي الإيجار يكون نفاذهما معلق علي شرط موقف غير محقق الوقوع هو الحصول علي الترخيص الإداري اللازم لمباشرة المهنة أو الصناعة، بإعتباره مرتهناً بإرادة أحد طرفي الإلتزام وإنما متصل أيضاً بعامل خارجي هو إرادة الجهة الإدارية المختصة بإصدار الترخيص (نقض ١٨/١/١٩٧٨ س٢٩ ص٢٣٤).

ذلك من يتعهد أمام شخص بأن يؤجره مسكنه إذا نقل إلى العمل فى بلد آخر. أما إذا كان الشرط فاسخاً، فإن الإلتزام يكون موجوداً ونافذاً فى الحال ولكنه معرض للزوال بسبب تحقق الشرط. مثال ذلك من يهب شخصاً مالاً معيناً ويشترط فسخ الهبة إذا رزق ولداً.

أما الإلتزام الموصوف بأجل فيكون محقق الوقوع ولكنه مؤجل النفاذ أو الإنقضاء. أى أن الإلتزام المضاف إلى أجل يكون قد نشأ بصفة نهائية فهو قائم ومؤكد ولكنه غير واجب النفاذ فى الحال، وهذا هو الأجل الواقف، كمن يقترض من شخص مبلغاً من المال على أن يوفى به بعد سنة. وإذا كان الأجل فاسخاً ترتب على حلوله إنقضاء الإلتزام. وذلك كما فى حالة إلتزام المالك بتمكين المستأجر من الإنتفاع بالعين المؤجرة لمدة سنة، هنا ينقضى هذا الإلتزام بحلول نهاية العام.

**(ب) الوفاء عند المقدرة أو الميسرة :**

يدق أمر التمييز أحياناً بين الشرط والأجل كما فى حالة الإتفاق على أن الوفاء بالإلتزام يكون «عند المقدرة أو الميسرة» أو «عند الإمكان». إذ يثور التساؤل عما إذا كانت هذه الواقعة شرطاً أم أجلاً، إذا تعذر التعرف على ذلك من نية الطرفين.

تبدو أهمية هذا التساؤل فى أنه «لو حمل مثل هذا الإتفاق محمل الشرط لكان معنى هذا أن الإلتزام غير موجود وقد لا يوجد أصلاً، فقد يظل المدين غير قادر على الوفاء إلى وقت وفاته فيموت معسراً، فلا يكون للدائن فى هذه الحالة أن يشترك مع الدائنين الآخرين فى قسمة أموال التركة قسمة غرماء. أما إذا حمل مثل هذا الإتفاق محمل الأجل فإن إلتزام المدين يكون إلتزاماً مؤكداً أضيف نفاذه إلى أمر مستقبل هو

وفاته على الأكثر، فيكون للدائن أن ينفذ بحقه على أموال التركة ولو كان المدين قد توفى معسراً».

وضع المشرع قرينة مؤداها أن مثل هذا الإتفاق يعتبر مضافاً إلى أجل وليس معلقاً على شرط، أى أن الإلتزام يوجد بمجرد الإتفاق، ويجب على المدين بذل الجهد المعقول فى سبيل الوفاء بإلتزامه فى الموعد المناسب. ويعين القاضى ميعاداً مناسباً لحلول الأجل على ضوء موارد المدين[1].

ولكننا أمام قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها، حيث يمكن تقديم الدليل على أن إرادة الطرفين قد إتجهت إلى إعتبار عقد الوفاء عند الإقتدار معلقاً على شرط واقف، فلا يطبق النص السابق، وينقضى إلتزام المدين نهائياً إذا توفى معسراً.

ونعرض لكل من الشرط والأجل فى مبحث مستقل.

## المبحث الأول

## الشرط

نعرض لمفهوم الشرط ثم نبين مقوماته قبل التعرض لآثاره.

---

(١) وقد واجه المشرع هذا الفرض في المادة ٢٧٢ بقوله «إذا تبين من الإلتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة عين القاضي ميعاداً مناسباً لحلول الأجل، مراعياً في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة، ومقتضياً منه عناية الرجل الحريص علي الوفاء بإلتزامه.

## المطلب الأول

## مفهوم الشرط

### (أ) تعريف الشرط :

الشرط هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع، يترتب على تحققه وجود الإلتزام أو زواله. فإذا كان وجود الإلتزام متوقفاً على الشرط يكون الشرط واقفاً. فالشرط الواقف هو الذى يتوقف على تحققه وجود الإلتزام، فإن تخلف الشرط لا يوجد الإلتزام. فإذا تعهد والد لولده أن يهبه منزلاً إذا تزوج، يكون الزواج، وهو أمر مستقبل غير مجقق الوقوع، شرطاً عُلق عليه إلتزام الوالد.

أما إذا ترتب على تحقق الشرط زوال الإلتزام المعلق عليه كان هذا الشرط فاسخاً. فالإلتزام المعلق على شرط فاسخ يوجد فى الحال وينفذ، ولكن زواله هو الذى يعلق على الشرط، فإذا تحقق الشرط زال الإلتزام وإعتبر كأن لم يكن، وإذا تخلف يصبح الإلتزام باتاً. مثال ذلك الإتفاق فى عقد الإيجار على فسخ العقد إذا عاد المؤجر للعمل بالمدينة التى تقع فيها العين المؤجرة.

ويمكن أن تكون الواقعة المعلق عليها الإلتزام شرطاً فاسخاً بالنسبة للطرف وشرطاً واقفاً بالنسبة للطرف الآخر. فإذا علق البيع على شرط واقف، فإن ملكية المبيع تظل ثابتة للبائع تحت شرط فاسخ، ويكون المشترى مالكاً للمبيع تحت شرط واقف هو نفس الشرط بالنسبة للبائع. فإذا تحقق الشرط إنفسخت ملكية البائع وقامت ملكية المشترى، أما إذا تخلف الشرط زالت ملكية الأخير وأصبحت ملكية البائع باتة.

«ويلاحظ أن كل شرط فاسخ يتضمن وجود شرط واقف. فمن

إلتزم بهبة على أن تفسخ إذا رزق ولداً، كان مديناً بالهبة تحت شرط فاسخ، فينفذ إلتزامه فوراً ويعطى الموهوب له الهبة، وكذلك الموهوب له يصبح مديناً تحت شرط واقف هو نفس الشرط الفاسخ بالنسبة إلى الواهب. فإذا رُزق الواهب ولداً فتحقق الشرط، فإن تحققه كشرط فاسخ يزيل إلتزام الواهب بالهبة فيستردها من الموهوب له، وتحقق كشرط واقف يوجد إلتزام الموهوب له برد الهبة إلى الواهب فيردها إليه».

وقد يصعب، أحياناً، معرفة ما إذا كان الإلتزام معلقاً على شرط واقف أم على شرط فاسخ، وذلك فى حالة غموض عبارة العقد. هنا يتعين على القاضى تحديد طبيعة الشرط بالرجوع إلى إرادة الطرفين، ويستخلص قاضى الموضوع هذه الإرادة من ظروف وملابسات التعاقد، دون رقابة فى ذلك من محكمة النقض.

**(ب) المعانى المختلفة لكلمة الشرط :**

١- إن لفظ الشرط يستخدم، فى العمل، للدلالة على عدة معان. فبالإضافة إلى المعنى الفنى السابق للشرط كوصف للإلتزام، يستخدم هذا اللفظ للتعبير عن الأحكام التى يتفق عليها أطراف العقد لتنظيم العلاقة التعاقدية بينهم، كالشرط الجزائى، وشرط المنع من التصرف، والأحكام المنظمة لكيفية الوفاء بالإلتزام، كإشتراط دفع الثمن فى زمان أو فى مكان معين أو الإتفاق على تقسيط الثمن. فهذه الإشترطات هى بنود فى العقد وليست أوصافاً للإلتزام.

٢- وقد يطلق لفظ الشرط للدلالة على الأمر أو العنصر الذى يتطلبه القانون لترتيب أثر معين. فيقال أن الرسمية شرط قانونى لقيام الهبة لأنها عنصر من عناصرها، وإن الأهلية شرط لصحة العقد، وإن

الغش شرط للدعوى البوليصية، وإن الإحتياج شرط للحكم بالنفقة بين الأقارب. فهذه الشروط مصدرها القانون، ولا تتعلق بإرادة المتعاقدين، ولا تتحق آثارها إلا من يوم تحققها، وذلك بخلاف الشرط كوصف للإلتزام حيث يكون مصدره الإرادة[1]، وتحققه يكون بأثر رجعى، أى أن أثره يستند إلى وقت إنعقاد التصرف. فالتسجيل كشرط قانونى لا ينقل الملكية إلا من وقت تمامه وليس من يوم إنعقاد العقد.

٣- وهناك ما يسمى بالشرط الفاسخ فى العقود التبادلية حيث يلتزم الدائن بأداء معين فى مقابل حقه، ويترتب على عدم تنفيذ الإلتزام فسخ العقد. وهذا الشرط قد يدرج صراحة فى العقد ويترتب عليه الفسخ التلقائى دون حاجة إلى حكم، وعلى كل حال فهو مفروض ضمناً فى العقد الملزم للجانبين، ويسمى بالشرط الفاسخ الضمنى. فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد، ولابد من صدور حكم قضائى بذلك. والشرط الفاسخ بهذا المعنى ليس فى حقيقته شرطاً فهو يختلف كل الإختلاف عن طبيعة الشرط كوصف فى الإلتزام. فالشرط الأول «لا يمنع من مطالبة المتعاقد الذى لم ينفذ إلتزامه بتنفيذه، فى حين أن اشتراط شرط فاسخ كوصف فى الإلتزام لا ينشئ إلتزاماً مقابلاً بل يقتصر على جعل الإلتزام مهدداً بالزوال، فيزول الإلتزام إذا ما تحقق الشرط دون أن يكون للمدين أن يطالب الدائن بمنع تحققه»، أى أن تحقق الشرط يؤدى إلى

---

(١) ويلاحظ أن الشرط وصف يلحق الإلتزام نفسه وليس الارادة التي هي مصدره، فالتعليق يرد علي الإلتزام ذاته دون العقد أو التصرف القانوني بوجه عام. ولهذا كان نهج المذهب اللاتيني أدني إلي التوفيق في هذا الصدد من منحي المذهب الجرماني. ذلك أن الأول يفرد لأحكام الشرط مكاناً في نطاق النظرية العامة للإلتزام. في حين أن الثاني يلحق هذه الأحكام بنظرية التصرف القانوني (الأعمال التحضيرية٣ ص٧).

الفسخ، أما عدم تنفيذ الإلتزام فى العقد التبادلى فلا يؤدى بالضرورة إلى الفسخ، بل يكون للطرف الآخر، أن يطلب تنفيذ الإلتزام بدلاً من الفسخ.

## المطلب الثانى

## مقومات الشرط

يشترط لصلاحية الواقعة كشرط يمكن تعليق الإلتزام عليه عدة مقومات هى:

١- يجب أن تكون الواقعة **أمراً مستقبلاً**، فإذا كان وجود الإلتزام قد علق على أمر وقع فعلاً أو على أمر حاضر، فإن الإلتزام يكون منجزاً، ولو كان الطرفان يجهلان تحقق هذا الأمر وقت إتفاقهما. فإذا كانت الواقعة قد تحققت وقت تمام العقد، فإنها لا تعتبر شرطاً لأن الشرط أمر مستقبل. مثال ذلك وعد الأب إبنه بجائزة معينة إذا نجح فى الإمتحان، ثم يتضح أن النتيجة قد ظهرت بالنجاح فعلاً، هنا يكون الإلتزام منجزاً غير معلق على شرط.

٢- الشرط أمر **غير محقق الوقوع**. فإذا كان الأمر المستقبل محقق الوقوع كان الإلتزام مضافاً إلى أجل وليس معلقاً على شرط كتعليق الإلتزام على موعد جنى المحصول. والموت يعتبر أجلاً وليس شرطاً لأنه محقق الوقوع وإن كان غير محدد الميعاد، ولكنه ينقلب شرطاً إذا إشترط وقوعه خلال مدة معينة، لأنه لا يكون محقق الوقوع فى هذه الفترة بالذات. مثال ذلك من يتعهد بالتأمين على حياة شخص إذا توفى والده قبل بلوغه سن الرشد.

٣- يجب أن يكون الشرط **ممكناً**، فلا تكون الواقعة شرطاً إذا

كانت مستحيلة الوقوع. والإستحالة قد تكون مادية ترجع إلى طبيعة الأشياء كمن يعد بجائزة لمن يحيى شخصاً مات، أو لمن يمسك بالشمس. وقد تكون الإستحالة قانونية، وذلك إذا عاق تحقق الشرط مانع قانونى، كمن يعد بجائزة لمن يكسب الطعن فى قضية بعد فوات الميعاد.

والإستحالة المقصودة هنا هى الإستحالة المطلقة أى التى تقوم بالنسبة للناس كافة، أما الإستحالة النسبية أى التى لا تقوم إلا بالنسبة للبعض كالدائن أو المدين أو الغير، فلا تحول دون قيام الشرط وترتيب آثره، وذلك كعبور «المانش» سباحة أو الإنتقال إلى الكواكب الأخرى.

والعبرة فى تقدير الإستحالة هى بوقت إشتراط الشرط، فإذا كان الشرط ممكناً وقت إشتراطه، إلا أنه أصبح مستحيلاً بعد ذلك، فإنه يكون صحيحاً ويصح التعليق عليه، ولكن الإستحالة تؤدى إلى تخلفه. أما إذا كان الشرط مستحيلاً وقت إشتراطه، فإنه يكون باطلاً ويبطل الإتفاق المعلق عليه، وأن صيرورة الشرط ممكناً فيما بعد من الوجه المادى أو الوجه القانونى لا تجعل الإتفاق صحيحاً.

ويختلف حكم الإلتزام المعلق على شرط مستحيل بحسب ما إذا كان هذا الشرط واقفاً أو فاسخاً، فإذا كان الشرط المستحيل واقفاً، فالإلتزام لن يوجد على الإطلاق لإمتناع تحقق الواقعة التى عاق عليها وجوده. أما إذا كان الشرط المستحيل فاسخاً، فإن الإلتزام يعتبر باتاً منذ نشوئه ولا يكون مهدداً بالزوال لأن الشرط لن يتحقق، فيعتبر كأن لم يكن، ويكون الإلتزام منجزاً وغير موصوف.

٤- يجب أن يكون الشرط **مشروعاً**، أو غير مخالف للنظام العام

والآداب. ومن أمثلة الشرط غير المشروع الهبة المعلقة على شرط إرتكاب الموهوب له جريمة، والإلتزام بدفع مبلغ من النقود لسيدة معينة إذا إشتغلت بالدعارة، وإشتراط الزوجة على زوجها المسلم ألا يطلقها.

أما عن حكم هذا الشرط فإنه إذا كان الشرط غير المشروع واقفاً، فإنه يعتبر باطلاً ولا يقوم الإلتزام المعلق عليه أما إذا كان الشرط غير المشروع فاسخاً، فإن الشرط يقع باطلاً ويظل الإلتزام المعلق عليه قائماً ونافذاً وغير مهدد بالزوال. على أنه إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع إلى الإلتزام، فإن الإلتزام يقع باطلاً كذلك لعدم مشروعية سببه[1].

ويترتب على ذلك أنه إذا وهب الزوج زوجته مالاً معيناً بشرط ألا تتزوج بعد وفاته، فالشرط باطل لمخالفته للنظام العام، أما إذا كان الهدف من وراء الشرط تفرغ الزوجة لتربية الأولاد، فالشرط صحيح والإلتزام قائم. كذلك الشرط القاضى بألا يمارس الشخص حقه

---

(١) تنص المادة ٢٦٦ مدني علي أنه «١- لا يكون الإلتزام قائماً إذا علق علي شرط غير ممكن، أو علي شرط مخالف للآداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفاً. أما إذا كان فاسخاً فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم. ٢- ومع ذلك لا يقوم الإلتزام الذي علق علي شرط فاسخ مخالفاً للآداب أو النظام العام».

وتعلق المذكرة الإيضاحية علي المادة ٢٦٦ مبينة أنها فرقت بين حالتين: أولاهما تعرض حيث لا يكون الشرط الفاسخ غير المشروع هو السبب الدافع إلي الإلتزام، وفي هذه الحالة يعتبر الشرط وحده كأن لم يكن أو غير قائم، أو بعبارة أخري يعتبر الإلتزام منجزاً. والثانية تعرض حيث يكون هذا الشرط هو السبب الدافع إلي التعاقد، وفي هذه الحالة يكون الشرط عنصراً جوهرياً من عناصره، ويستتبع ذلك عدم قيام الإلتزام إبتداء، شأنه من هذه الناحية شأن أي إلتزام يقوم علي سبب غير مشروع (الأعمال التحضيرية حـ٣ ص٩).

السياسى فى الإنتخاب أو الترشيح، وشرط الإقامة فى مكان طوال الحياة، وشرط عدم ممارسة مهنة معينة، هذه الشروط باطلة لأنها تخالف النظام العام، ما لم يكن لها غرض مشروع يبررها، كأن يريد المشترط حماية نفسه من المنافسة، أو تكون المهنة وضيعة تزرى بالكرامة. ويشترط، فى هذه الحالات، أن يكون المنع نسبياً أى لمدة معينة أو فى مكان محدد.

٥- ينبغى ألا يكون تحقق الشرط الواقف **متوقفاً على محض إرادة المدين**، وينقسم الشرط، من حيث تعلقه بإرادة الطرفين، إلى ثلاثة أنواع: شرط إحتمالى وشرط مختلط وشرط إرادى.

- فالشرط الإحتمالى هو أمر متروك للصدفة المحضة دون أن يكون هناك دخل لإرادة طرفى الإلتزام فى حدوثه، كإلتزام شخص بعمل مشروع إذا رزق بولد.

- والشرط المختلط هو ما يكون تحققه رهن بإرادة أحد الطرفين وبعامل خارجى فى آن واحد، كإرادة شخص ثالث أى من الغير. ومثله الزواج من سيدة معينة. فهذا الشرط يتعلق بإرادة من أُشترط عليه الزواج وبإرادة من أُشترط الزواج منها.

والشرط فى هذين الفرضين (الإحتمالى والمختلط). أمر غير محقق الوقوع، ولا يثور أدنى شك فى صحته.

- أما الشرط الإرادى فيتعلق بإرادة أحد العاقدين، فيكون أمراً يستطيع أحد العاقدين أن يحققه أو يمنع تحققه، والشرط الإرادى نوعان: شرط إرادى بسيط، شرط إرادى محض، فالأول يتعلق بإرادة أحد طرفى الإلتزام مقترنة بعمل معين، كالزواج والنجاح فى الإمتحان.

ويعتبر هذا الشرط صحيحاً هو الآخر.

أما الشرط الإرادى المحض فهو المتوقف على محض إرادة الشخص وعلى مجرد مشيئته، وهذا الشرط إما أن يتعلق بمحض إرادة الدائن، أو بمحض إرادة المدين فإذا تعلق بمحض إرادة الدائن كان صحيحاً وقام الإلتزام معلقاً، سواء أكان شرطاً واقفاً أم كان شرطاً فاسخاً. كإلتزام المشترى الذى يحتفظ بحق الرجوع فى البيع خلال مدة معينة.

أما إذا تعلق الشرط بمحض إرادة المدين، فإنه يقع صحيحاً إذا كان شرطاً فاسخاً. كإلتزام صاحب العمل فى عقد العمل تحت الإختبار، ويقع باطلاً إذا كان شرطاً واقفاً. كأن يلتزم المدين بالإقراض إذا شاء.

**الخلاصة** إن ما يقع باطلاً هو الشرط الواقف المتعلق على محض إرادة المدين[1]، أما باقى أنواع الشروط فتعتبر صحيحة ويعتبر تقدير نوع الشرط من مسائل الواقع التى لا معقب فيها على قاضى الموضوع، أما حكم الشرط بعد تعيين نوعه فمن مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض.

---

(١) ومن التطبيقات القضائية في هذا الصدد: يعتبر شرطاً إرادياً محضاً متعلقاً بإرادة المدين، ومن ثم يكون باطلاً الإتفاق علي ألا يأخذ الوارث حقه من التركة إلا بعد توقيع عقد القسمة ما بين جميع الورثة، فإنه يكفي أن يمتنع أحد الورثة من توقيع عقد القسمة حتي يمتنع علي الوارث أن يأخذ حقه في التركة (استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٠٠ م١٢ ص١٢٦). وقضت أيضاً بأن إشتراط الوكيل بالعمولة أنه يشتري لحساب غيره وأنه يعلن إسم هذا الغير متي شاء، يعتبر شرطاً إرادياً محضاً، ومن ثم يكون باطلاً، فإذا لم يعلن الوكيل بالعمولة إسم الغير كان هو الملتزم شخصياً (إستئناف مختلط ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٦١ ح٢ ص٢٢).

## المطلب الثالث

## الاثار التى تترتب على الشرط

نعرض فى البداية لكيفية تحقق الشرط أو تخلفه، ثم نبين الآثار التى تترتب على الشرط فى مرحلة التعليق وبعد إنتهاء التعليق، ونتناول فى النهاية فكرة الأثر الرجعى للشرط.

### الفرع الأول

### كيفية تحقق الشرط وتخلفه

(أ) إذا كان موضوع الشرط الذى عُلق عليه الإلتزام عملاً معيناً، فإن المرجع فى معرفة مدى تحقق هذا الشرط أو تخلفه هو إرادة طرفى الإلتزام. فيجب الرجوع إلى هذه الإرادة لمعرفة ما إذا كان العمل المطلوب هو تحقيق نتيجة أم مجرد بذل عناية، وما إذا كان هذا العمل يقوم به الدائن أو شخص آخر أُخذت شخصيته فى الإعتبار، وما إذا كان الأمر معقوداً بإرادة الدائن أم الغير. مثال ذلك الهبة المعلقة على شرط النجاح حيث يتمثل الشرط فى عمل من قِبل الدائن مؤداه تحقيق نتيجة يتحقق بتحققها ويتخلف بتخلفها، والهبة المعلقة على شرط الزواج من شخص معين حيث يتوقف الأمر على تحقيق نتيجة تلعب إرادة كل من الدائن والغير دوراً فى تحقيقها.

(ب) إذا كان الشرط قد حدد لتحققه أو تخلفه وقت معين، فإن هذا الشرط يعد غير متحقق إذا إنقضى ذلك الوقت دون أن يقع الأمر موضوع الشرط[1]، ولا يؤثر وقوعه بعد ذلك. وليس من سلطة المحكمة

(١) من القواعد العامة في الأوصاف المعدلة لأثر الإلتزام أنه إذا علق الإلتزام علي شرط هو ألا يقع أمر في وقت معين، فإن الشرط يتحقق إذا إنقضي الوقت دون أن يقع هذا =

على الإطلاق أن تمنح فى هذه الحالة تمديداً للمهلة. ويعتبر الشرط متخلفًا كذلك متى أصبح من المؤكد، حتى قبل إنقضاء هذه المهلة، أن الأمر لن يقع مستقبلاً.

أما إذا لم يحدد ميعاد معين لوقوع الأمر، فإن الشرط يكون ممكن التحقق فى كل وقت، ولا يعتبر متخلفاً مهما طالت المدة إلا إذا أصبح من المؤكد أنه لن يقع فى المستقبل.

وإذا كان الشرط سلبياً قوامه عدم وقوع الحادث فى وقت معين، فإنه يكون متحققاً إذا إنقضى هذا الوقت دون وقوع الحادث، أو إذا أصبح من المؤكد أنه لن يقع قبل الأجل المحدد. أما إذا لم يحدد له ميعاد، فلا يتحقق الشرط إلا بعد التأكد من أن الحادث لن يقع[1].

(جـ) يعتبر الشرط قد تحقق حكماً إذا حال المدين دون تحققه، ولا يشترط أن يصل فعل المدين إلى مرتبة الغش، بل يكفى أن يكون تخلف

---

= الأمر، وهو يتحقق كذلك قبل إنقضاء الوقت إذا أصبح مؤكدا عدم وقوع الأمر، وقد يكون ذلك بإنقضاء مدة طويلة من الزمن يصبح معها عدم وقوعه أمراً يبلغ حد اليقين، وتقرير ذلك بأدلة مبررة عقلاً مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع (نقض ١٩٧٦/٣/٣١ س٢٧ ص٨٣٨).

(١) إذا كان المدلول الظاهر للإتفاق المبرم بين الطرفين هو إلتزام الطاعن بإستغلال سينما لحساب المطعون عليه إلي أن يجد هو أو المطعون عليه خلال أجل محدد مستغلاً لها وعندئذ يتعهد الطاعن بدفع نصف الإيجار الذي يقدمه المستغل الجديد فإن مؤدي ذلك أن هذا الإلتزام مقيد بشرط وجود هذا المستغل خلال الأجل المتفق عليه بحيث ينتهي بانقضاء ذلك الأجل، وإذن فمتي كان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه بإلتزام الطاعن بنصف الإيجار عن المدة التالية لإنتهاء الأجل إستناداً إلي عقد الإتفاق سالف الذكر يكون قد إنحرف في تفسير الإتفاق عن المعني الظاهر له ومسخه مما يستوجب نقضه (١٩٧١/٥/٤ س١ ص٤٤٤).

الشرط راجعاً إلى فعله، حيث يعتبر ذلك خطأ منه يستوجب تعويض الدائن عن الضرر الذى أصابه منه، وخير وسيلة للتعويض هى إعتبار الشرط قد تحقق حكماً، كمن يتعهد بدفع مبلغ معين لشخص إذا تزوج من فتاة معينة، ثم يسعى لعدم إتمام هذا الزواج، فى هذه الحالة يعتبر الشرط متحققاً.

(د) يعتبر الشرط قد تخلف حكماً إذا تحقق بغش من صاحب المصلحة، كمن يؤمن على عين يملكها ضد خطر معين ثم يتعمد إحداث هذا الخطر[1].

---

(١) وقد وردت هذه الحلول في المادة ٣٨٨ من المشروع التمهيدي بنصها علي أنه «يعتبر الشرط قد تحقق إذا كان الطرف الذي له مصلحة في أن يتخلف قد حال بطريق الغش دون تحققه، لا أثر للشرط الذي تحقق إذا كان تحققه قد وقع بغش الطرف الذي له مصلحة في أن يتحقق». وجاء في المذكرة الإيضاحية، تعليقاً عليها «تواجه المادة فرضين: أولهما يعرض، حيث يحول ذو المصلحة في تخلف الشرط دون تحققه بطريق الغش، كما هو الشأن في المدين بالتزام معلق علي شرط موقف أو الدائن بإلتزام معلق علي شرط فاسخ. وفي مثل هذا الفرض يعتبر الشرط قد تحقق ولو أنه لا يزال متخلفاً في حكم الواقع، جزاء ما وقع من غش المدين، والدائن بحسب الأحوال. والثاني يعرض حيث يعمد ذو المصلحة علي نقيض ما وقع في الفرض الأول إلي تحقيق الشرط بطريق الغش، كما هو الشأن في الدائن بإلتزام معلق علي شرط موقف (كالمستأمن إذا إنتحر أو تسبب في الحريق عمداً) أو المدين بدين معلق علي شرط فاسخ، ولا يرتب تحقيق الشرط في هذا الفرض أثراً ما، بل يبرأ المدين من إلتزامه، أو يظل مرتبطاً به نهائياً، رغم تحقق الشرط الموقف أو الفاسخ. ومن الواضح أن إقرار هذا الحكم قصد به إلي قمع ما يقع من غش المدين أو الدائن بحسب الأحوال». ولكن حذف هذا النص في لجنة المراجعة «لإمكان استخلاص حكمه من القواعد العامة.

## الفرع الثاني

## أثر الشرط في فترة التعليق

يتعين التمييز فى هذا الصدد بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ:

**(أ) بالنسبة للشرط الواقف:**

إن الإلتزام المعلق على شرط واقف يكون، فى مرحلة التعليق، موجوداً ولكنه غير كامل، فليس للدائن حق مؤكد بل محتمل الوجود، وله أن ينقل هذا الحق وأن يتخذ الإجراءات التحفظية عليه، ولكنه لا يستطيع القيام بالأعمال التنفيذية[1].

مؤدى ذلك أن الإلتزام المعلق على شرط واقف يظل معدوماً على خطر الوجود ما بقى التعليق قائماً، بيد أنه لا يكون مجرد أمل للدائن، بل يكون حقاً محتمل الوجود قانوناً، ويترتب على ذلك إنه:

**أولاً:** نظراً لأن الإلتزام المعلق على شرط واقف يعتبر حقاً موجوداً للدائن وليس مجرد أمل فإنه:

---

(١) وتعبر عن ذلك المادة ٢٦٨ مدني بقولها: إذا كان الإلتزام معلقاً علي شرط واقف، فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط، أما قبل تحقق الشرط فلا يكون الإلتزام قابلاً للتنفيذ القهري ولا للتنفيذ الإختياري، علي أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ علي حقه.

إذا كان الشرط الواقف من شأنه أن يوقف نفاذ الإلتزام إلي أن تتحقق الواقعة المشروطة، فيكون الإلتزام في فترة التعليق موجوداً غير أن وجوده ليس مؤكداً مما يترتب عليه أنه لا يجوز للمستأجر خلالها أن يتخذ الوسائل التنفيذية للمطالبة بحقه جبراً أو إختيارياً طالما لم يتحقق الشرط (نقض ١٨/١/١٩٧٨ س٢٩ ص٢٣٤).

١- يكون محلاً للخلافة العامة والخاصة من ناحية الدائن والمدين على حد سواء، وعلى ذلك فإن الحق ينتقل بالميراث أو الحوالة وغير ذلك من التصرفات كالهبة والوصية والبيع.

٢- للدائن أن يتخذ بمقتضاه من الإجراءات ما يكفل له المحافظة على حقه، وذلك كقيد الرهن، والتدخل فى القسمة، ورفع دعوى تحقيق الخطوط، ووضع الحراسة على الأعيان، وإستعمال دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة، وقطع التقادم ضد حائز العين، وللدائن أن يأخذ بحقه كفيلاً أو رهناً أو أى ضمان آخر.

٣- «ويجوز لصاحب الحق المعلق على شرط واقف أن يجرى الأعمال المادية اللازمة لصيانته من التلف. ولا يجوز للمدين تحت شرط واقف أن يقوم بأى عمل من شأنه أن يمنع الدائن من إستعمال حقه عند تحقق الشرط، أو يزيد هذا الإستعمال صعوبة. وكل تصرف من جانب المدين يضر بحقوق الدائن، عند تحقق الشرط لا يعتد به، وذلك فيما عدا الحقوق التى كسبها الغير بحسن نية»[1].

٤- «يجوز لصاحب الحق المعلق على شرط واقف أن يدخل فى التوزيع، ويطلب أن يختص بمبلغ يقابل قيمة حقه مع حفظ هذا المبلغ فى خزانة المحكمة وتعليق قبضه إياه على تحقق الشرط. ويجوز أن يوزع المبلغ على الدائنين التالين بشرط أن يقدموا كفالة تضمن رده فى حالة تحقق الشرط».

**ثانياً:** نظراً لأن حق الدائن المعلق على شرط محتمل الوجود أو غير مؤكد أو غير كامل فإنه:

١- ليس للدائن أن يقتضى تنفيذه جبراً من الدين، وليس له أن

---

(١) اذا قام المدين بأي عمل من شأنه منع الدائن من إستعمال حقه عند تحقق الشرط الواقف، ترتب على ذلك تحقق الشرط حكمًا ولو لم يتحقق بالفعل، ويصبح الالتزام نافذاً ومنجزاً وليس معلقًا. (نقض١٣/٢/١/٢٠٠١ طعن ٥٤١٤س٦٣ق).

يتمسك بالمقاصة فى مواجهة المدين أو يطعن فى تصرفاته بالدعوى البوليصية.

٢- لا يقبل الدين المعلق على شرط واقف التنفيذ الإختيارى، وينبنى على ذلك أنه إذا وفاه المدين مختاراً، جاهلاً قيام الشرط، فله أن يسترد ما وفاه لأنه يكون قد دفع غير المستحق.

٣- لا يسرى التقادم بالنسبة له إلا إذا تكامل وجوده وأصبح نافذاً بتحقق الشرط.

٤- إذا كان الإلتزام المعلق على شرط واقف هو إلتزاماً بنقل ملكية شئ معين بالذات، فإن ملكية هذا الشئ تنتقل إلى الدائن معلقة على هذا الشرط، ويظل المدين مالكاً، أثناء فترة التعليق، لهذا الشئ، تحت شرط فاسخ، ويكون حقه هنا كامل الوجود، ومن ثم يجوز له أن يدير العين وأن يتحمل تبعة هلاكها، ويمكن لدائنيه التنفيذ عليها.

**(ب) بالنسبة للشرط الفاسخ:**

إن الإلتزام المعلق على شرط فاسخ يكون موجوداً ونافذاً ولكنه مهدد بخطر الزوال. ويرتب على ذلك أنه:

**أولاً:** نظراً لأن الحق موجود ونافذ فإنه:

١- يكون للدائن أن يباشر بمقتضاه إجراءات التنفيذ من فوره، فله أن يتقاضى حقه من المدين بطريق التنفيذ الجبرى أو الإختيارى، وعلى ذلك إذا قام المدين بالوفاء مختاراً كان وفاؤه صحيحاً لا يجوز إسترداده مادام الشرط لم يتحقق.

٢- للدائن أن يباشر الإجراءات التحفظية على العين، وأن يديرها

ويتصرف فيها، وأن يستخدم الدعاوى الثلاث التى ترمى إلى الحفاظ على الضمان العام بما فى ذلك الدعوى البوليصية.

٣- يتحمل المالك تحت شرط فاسخ تبعة هلاك العين، وله أن يطهرها من الرهن وأن يشفع بها[١]، ويجوز الأخذ بالشفعة فى البيع المعلق على شرط فاسخ.

٤- يسرى التقادم المسقط ضد الإلتزام المعلق على شرط فاسخ من يوم وجوده لأنه إلتزام مستحق الأداء.

**ثانياً:** نظراً لأن الحق مهدد بالزوال فإن:

١- المقاصة لا تقع بينه وبين حق بات ما بقى التعليق قائماً.

٢- التصرفات التى تؤسس عليه تكون مرهونة بمصيره، وتكون قابلة للزوال.

### الفرع الثالث

### أثر الشرط بعد إنتهاء مرحلة التعليق

**(أ) بالنسبة للشرط الواقف :**

**أولاً:** إذا كان الإلتزام معلقاً على شرط واقف وتحقق الشرط، فإن حق الدائن الذى كان محتملاً أثناء فترة التعليق، يصبح حقاً مؤكداً

---

(١) ويبقي حقه علي العقار الذي أخذه الشفعة قائماً حتي لو تحقق الشرط الفاسخ، وكذلك الحال بالنسبة للتطهير حيث يكون باتاً ولو تحقق الشرط، فالأثر الرجعي للشرط لا يؤثر، استثناء، علي أي من الشفعة أو التطهير.

وجدير بالذكر أن المالك تحت شرط واقف ليس له حق ممارسة الشفعة أو تطهير العقار من الرهن.

مستحق الأداء، فيكون للدائن مباشرة الإجراءات التنفيذية، ويبدأ سريان التقادم بالنسبة له، ويجوز المقاصة به.

ويعتبر حق الدائن مؤكد الوجود لا من وقت تحقق الشرط فحسب بل من وقت حصول الإتفاق على إنشائه، أى يكون لتحقق الشرط أثراً رجعياً.

**ثانياً:** أما إذا تخلف الشرط الواقف، فإن الإلتزام لا يقوم، ويعتبر حق الدائن الذى كان محتملاً كأن لم يكن، ويترتب على ذلك زوال كل ما قام به الدائن من إجراءات تحفظية وتصرفات[1].

---

(١) متي كان البيع معلقاً علي شرط واقف هو رسو مزاد الأطيان الواردة به علي البائع في جلسة المزايدة أمام المحكمة وكان هذا الشرط قد تخلف برسو المزاد في تلك الجلسة علي الطاعن (المشتري) دون البائع فإنه يترتب علي ذلك عدم إنعقاد البيع وإعتباره كأن لم يكن، ولا يعيده إلي الوجود إجازة صاحب المصلحة في التمسك بانعدامه مادام أنه لم ينعقد أصلاً منذ البداية نتيجة لإعمال الأثر الرجعي لتخلف الشرط الواقف ومن ثم فإستلام الطاعن للأطيان محل النزاع وقراره بشرائها وسداده أغلب ثمنها وتصرفه بالبيع في جزء منها كل ذلك ليس من شأنه أن يعيد إلي العقد وجوده (نقض ١٩٦٢/١/١١ س١٣ ص٤٩).

إذا أذن القاضي بإستبدال الوقف فإن الإستبدال لا يتم ولا ينتج آثاره القانونية إلا إذا أوقعت المحكمة المختصة صفة البدل الشرعية، ومن ثم فالتعاقد بين وزارة الأوقاف وبين من يرسو عليه مزاد العين المراد إستبدالها يعتبر معلقاً علي شرط واقف هو توقيع هذه الصيغة بحيث إذا تخلف هذا الشرط بأن رفضت المحكمة توقيع صيغة البدل للراسي عليه المزاد فإن التعاقد يصبح كأن لم يكن ولا وجود له منذ البداية ولا يكون للراسي عليه المزاد إذا رفضت المحكمة توقيع صيغة البدل الشرعية له وأوقعتها لغيره وانتقلت ملكية العقار إلي هذا الغير، أن يرجع علي وزارة الأوقاف بضمان الإستحقاق طبقاً لأحكام البيع أو أن يطالبها بالتعويض علي أساس فسخ العقد ذلك أن الرجوع بضمان إستحقاق المبيع لا يكون إلا علي أساس قيام عقد البيع كما أن الفسخ لا يرد إلا علي عقد له وجود (نقض ١٩٦٣/١/١٧ س١٤ ص١٢٣).

**(ب) بالنسبة للشرط الفاسخ :**

**أولاً:** إذا كان الإلتزام معلقاً على شرط فاسخ، وتحقق الشرط، فإن الإلتزام يعتبر كأن لم يكن منذ البداية، أى يزول بأثر رجعى[1]، ويزول كل ما باشره الدائن من إجراءات وتصرفات[2].

مؤدى ذلك أنه يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الإلتزام بأثر رجعى، أى من يوم الإتفاق على نشوئه. وتزول بالتبعية جميع التصرفات التى أجراها الدائن بإستثناء أعمال الإدارة كما سنرى. وتزول كذلك كافة الإجراءات التنفيذية والتحفظية التى قد يكون باشرها أثناء فترة التعليق.

وإذا كان الدائن قد إستوفى الدين، فعليه أن يرده للمدين على أساس دفع غير المستحق، وإذا إستحال الرد، لهلاك العين بخطأ الدائن، كان عليه أن يعوض المدين عما أصابه من ضرر. أما إذا كان

---

(١) الإلتزام في عقد الهبة- شأنه شأن سائر العقود- قد يكون معلقاً علي شرط فاسخ، فإذا تحقق الشرط ترتب علي ذلك زوال الإلتزام وجاز للواهب أن يسترد ما وهبه، ولا يشترط في هذه الحالة أن يستند الواهب إلي عذر مقبول وإنما يكفي تحقق الشرط، وكما كانت محكمة الموضوع قد إستظهرت بأسباب سائغة أن الدولة وهبت جمعية الإقتصاد لموظفي البريد التي يمثلها الطاعن المبلغ موضوع النزاع هبة معلقة علي شرط فاسخ وهو عدم إستحقاق مستخدمي المصلحة الخارجين علي الهيئة والمؤقتين لمكافآت من قبل الدولة، وأن هذا الشرط قد تحقق بصدور القانون رقم ٥٤٥ لسنة ١٩٥٣ الذي حمل الدولة بالمكافآت المستحقة لهم ورتب الحكم علي ذلك قضاءه برد المبلغ الموهوب، فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون: نقض مدني في ١٩٧٨/٣/١٦ س٢٩ ص٧٣٣.

(٢) وتنص المادة٢٦٩ مدني علي ذلك بقولها أنه يترتب علي تحقق الشرط الفاسخ زوال الإلتزام. ويكون الدائن ملزماً برد ما أخذه، فإذا استحال الرد لسبب هو مسؤول عنه وجب عليه التعويض.

الهلاك راجعاً إلى سبب أجنبى، فإن الإلتزام بالرد ينقضى ولا مجال للتعويض فى هذه الحالة.

**ثانياً:** أما إذا تخلف الشرط الفاسخ فإن الإلتزام يستقر نهائياً بعد أن كان مهدداً بالزوال، وتصبح جميع التصرفات والإجراءات التى أجراها الدائن فى فترة التعليق باتة ونهائية.

## الفرع الرابع

## الأثر الرجعي للشرط

**«إذا تحقق الشرط إستند أثره إلى الوقت الذى نشأ فيه الإلتزام، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الإلتزام أو زواله إنما يكون فى الوقت الذى تحقق فيه الشرط. ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعى إذا أصبح تنفيذ الإلتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبى لا يد للمدين فيه»[1].**

---

(١) م٢٧٠ مدني.

وتعلق المذكرة الإيضاحية علي ذلك بقولها «تتناول هذه المادة أهم حكم من أحكام الشرط: وهو ما يلقب اصطلاحاً بالإستناد أو الأثر الرجعي. ولم يحد المشروع في هذا الشأن عما جرت عليه التقاليد اللاتينية. بل جعل الأصل في أثر الشرط أن يستند أو ينعطف إلي الماضي فيما عدا إستثناءات معينة، فالقاعدة العامة هل انسحاب أثر تحقق الشرط الموقف أو الفاسخ إلي وقت التعاقد، والواقع أن هذا الحكم ليس إلا تفسيراً معقولاً لإرادة المتعاقدين، فلو أنهما كانا من مبدأ الأمر علي يقين من تحقق الشرط، لردا أثره إلي وقت إنعقاد العقد. ويتفرع علي فكرة استناد أثر الشرط أن الدائن بإلتزام معلق علي شرط موقف، يترتب حقه، لا من وقت تحقق الشرط فحسب بل من تاريخ انعقاد العقد. وكذلك الشأن في حق الدائن بإلتزام معلق علي شرط فاسخ، فهو يعتبر كأن لم يكن قد ترتب قط. لا من وقت تحقق الشرط بل من تاريخ إنعقاد العقد.

وإذا كان التقنين الألماني والتقنين السويسري قد أعرضا عن فكرة إستناد أثر الشرط =

## (أ) النتائج المترتبة على الأثر الرجعي للشرط:

يترتب على الأثر الرجعي للشرط النتائج الآتية:

١- إذا تحقق الشرط الواقف، فإن الإلتزام المعلق عليه يعتبر موجوداً منذ تاريخ العقد وليس من يوم تحقق الشرط، ويترتب على ذلك أن الرهن الذى يضمن هذا الإلتزام تُحسب مرتبته من تاريخ قيده لا من يوم تحقق الشرط.

٢- يترتب على تحقق الشرط الواقف، فى العقد الناقل للملكية، أن المكتسب يعتبر مالكاً من تاريخ العقد وليس من يوم تحقق الشرط، وتكون التصرفات التى أبرمها على العين (كالبيع أو الرهن)، فى فترة التعليق، صحيحة بوصفها صادرة من مالك، وبالعكس فإن التصرفات التى تصدر من المالك تحت شرط فاسخ، فى تلك الفترة، تعتبر صادرة من غير مالك وتزول بأثر رجعى، ما لم يكن المتصرف إليه قد إستند إلى قاعدة الحيازة فى المنقول، وانتقل إليه الحق بالحيازة.

٣- إذا تم تعديل القانون الذى يحكم آثار العقد، فى مرحلة التعليق، ثم تحقق الشرط، فإن القانون القديم الذى أُبرم العقد فى ظله هو الذى يسرى، لأن العقد يرتب آثاره بأثر رجعى منذ لحظة إنعقاده.

---

= وشايعتهما في ذلك تقنينات كثيرة، فمن المحقق أن هذه التقنينات جميعاً لم تمض في هذا السبيل إلي القصي من غاياتها. فهي تخفف من آثار عدم الإستناد إلي حد بعيد بمقتضي طائفة من النصوص الخاصة: والحق أن شقة الخلاف بين المذهب اللاتيني والمذهب الجرماني فيما يتعلق بأثر الشرط، ليست من السعة كما قد يحسب البعض. فالأحكام العملية أو التطبيقية تكاد تتماثل في ظل كل من هذين المذهبين، والواقع أن الخلاف بينهما لا يعدو أن يكون خلافاً في التصوير لا أكثر. فالمذهب اللاتيني يجعل من استناد أثر الشرط قاعدة عامة ويجيز مع ذلك الإتفاق علي عكسها، بينما يجعل المذهب الجرماني من عدم استناد هذا الأثر قاعدة عامة مع إباحة الخروج عليها».

٤- «يعتبر عقد التأمين على الحياة عادة معلقاً على شرط واقف هو دفع القسط الأول من التأمين، فإذا دفع المؤمن عليه هذا القسط تحقق الشرط بأثر رجعى، وإعتبر عقد التأمين نافذاً من وقت التعاقد لا من وقت تحقق الشرط. فلو أن شخصاً، أمن على حياته، ثم مات قبل حلول القسط الأول، ودفع هذا القسط من تركته، فإن عقد التأمين يعتبر نافذاً قبل وفاة المؤمن على حياته، ومن ثم يكون مبلغ التأمين مستحقاً».

**(ب) الإستثناءات على قاعدة الأثر الرجعى للشرط:**

١- الأصل أن جميع تصرفات الدائن (المالك) تحت شرط فاسخ، الصادرة أثناء فترة التعليق، تسقط بتحقق الشرط، فيما عدا أعمال الإدارة[1]. وكذلك الحال بالنسبة للمدين (المالك) تحت شرط واقف حيث تبقى هذه الأعمال رغم تحقق الشرط.

وتعلق المذكرة الإيضاحية على ذلك بقولها «أما ما يصدر من أعمال الإدارة فيظل قائماً رغم تحقق الشرط، ذلك أن هذه الأعمال لا تؤثر فى الحقوق التى إستقرت نهائيا من جراء تحقق الشرط، ثم أنه من الأهمية بمكان أن يكفل لها ما ينبغى من الإستقرار. وغنى عن البيان أن بقاء الأعمال التى تقدمت الإشارة إليها مشروط بحسن نية من صدرت عنه وعدم تجاوزه المألوف فى حدود الإدارة، فإذا كان عمل الإدارة إجارة مثلاً، وجب ألا تجاوز مدتها ثلاث سنوات».

٢- يجوز للمتعاقدين الإتفاق على إستبعاد الأثر الرجعى للشرط، لأن هذا الأثر ليس سوى تفسير للإرادة، أى النية المحتملة للمتعاقدين.

(١) م٢٦٩/١ مدني. جمال زكى ص١٢٦

تحقق الشرط، كما يجوز الإتفاق على قصر الأثر الرجعى على إحدى نتائجه دون غيرها. وقد يتم الإتفاق على الإستبعاد صراحة أو ضمناً، إلا أن ذلك يجب أن يتضح بصورة ظاهرة وأن يقوم عليه دليل واضح.

٣- وقد تقتضى طبيعة العقد ذاته إستبعاد الأثر الرجعى للشرط، كما هو الحال فى العقود الزمنية، كالإيجار والعمل والتوريد، فإذا علق أى من هذه العقود على شرط فاسخ وتحقق الشرط، فلا يكون لذلك تأثير على المدة السابقة، بل يقتصر أثره على المستقبل أى إنهاء العقد، لأن ما تم تنفيذه لا يمكن الرجوع فيه. ومن ذلك أيضاً إذا تعهد شخص بإستخدام آخر بخدمته إذا افتتح مصنعاً جديداً، فلا يُتصور إذا ما تحقق الشرط أن يستند أثره إلى الماضى.

٤- لا يكون للشرط أثر رجعى إذا أصبح تنفيذ الإلتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبى لا يد للمدين فيه. فإذا هلك الشئ محل الإلتزام، أثناء فترة التعليق، ثم تحقق الشرط، فلا يكون له أثر رجعى سواء كان الشرط واقفاً أو فاسخاً.

فإذا كان البيع معلقاً على شرط واقف، وهلك المبيع، فى فترة التعليق، فى يد البائع، فإنه يتحمل تبعة الهلاك، ويمنع هلاك العين نشوء الإلتزام لإنعدام المحل ولا يكون للعقد أثر ولو تحقق الشرط بعد ذلك. وفى ذلك تطبيق للقواعد العامة. أما إذا كان المشترى قد تسلم المبيع، فقد كان مقتضى تلك القواعد أن يتحمل المشترى تبعة الهلاك لأنه تسلم المبيع، إلا أنه نظراً لأن البيع معلق على شرط واقف، وتم إستبعاد الأثر الرجعى للشرط بنص القانون إستثناء، فإن تبعة هلاك المبيع تكون على مالكه. وهنا تظهر أهمية الإستثناء.

وتظهر أهمية الإستثناء كذلك إذا كان البيع معلقاً على شرط فاسخ، وتسلم المشترى المبيع، وهلك فى يده لسبب أجنبى، فإنه هو الذى يتحمل تبعة الهلاك، لإرتباط تبعة الهلاك بالتسليم. وقد كان مقتضى أعمال الأثر الرجعى لتحقق الشرط الفاسخ زوال العقد، وتحمل البائع تبعة هلاك المبيع، سواء كان قد سلمه أم لم يسلمه، ولكن النص صريح فى وجوب إستبعاد الأثر الرجعى فى هذه الحالة.

٥- لا يسرى التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من الوقت الذى يتحقق فيه الشرط[١]. وقد كان مقتضى أعمال الأثر الرجعى لهذا الشرط إعتبار حق الدائن مستحق الأداء من وقت الاتفاق، وإحتساب مدة التعليق ضمن مدة التقادم المسقط للإلتزام، إلا أن المشرع إستبعد هذا الأثر وقرر سريان التقادم من وقت تحقق الشرط، ولا تدخل، بالتالى، فترة التعليق فى إحتساب مدته، لأن الدائن لم يكن له أن يطالب خلالها، بحقه والتنفيذ به.

## المبحث الثاني

## الأجـل

نعرض لدراسة الأجل فى مراحل ثلاثة هى: أولاً: التعريف بالأجل وأنواعه ومصدره، ثانياً: الآثار التى تترتب على الأجل، ثالثاً: إنقضاء الأجل.

(١) م٢/٣٨١ مدني.

## المطلب الأول

## التعريف بالأجل وأنواعه ومصدره

### (أ) تعريف الأجل :

« يكون الإلتزام لأجل إذا كان نفاذه أو إنقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع. ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتماً، ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه »[1].

فالأجل أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب على حلوله نفاذ الإلتزام أو إنقضاؤه، كما لو تعهد شخص لآخر بأن يقرضه مبلغاً من المال فى خلال سنة. فلا يجوز أن يكون الأجل أمراً وقع وقت نشوء الإلتزام، وإلا كان الإلتزام منجزاً. فإذا حدد المدين أجلاً لتنفيذ إلتزامه موعد بدء الدراسة، ثم يتضح إنها بدأت فعلاً، يكون إلتزامه قد نشأ منجزاً.

فالأجل إذن كالشرط أمر مستقبل، ولكن الأجل يتميز عن الشرط بأنه أمر محقق الوقوع، ولذلك كان الحق المؤجل موجوداً كاملاً وإن كان مؤجل النفاذ.

وغالباً ما يكون الأجل تاريخاً معيناً يرتبط به نفاذ الإلتزام، كالتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة بعد شهرين من تاريخ التعاقد، أو يرتبط به إنقضاء الإلتزام، كإلتزام المقترض بأن يرد مبلغ القرض فى تاريخ معين. إلا أنه يصح أن يكون ميعاد حلول الأجل مجهولاً، طالما كان محقق الوقوع. ويُعرف الأجل فى هذه الحالة بالأجل غير المعين كالموت، فموجبات الأجل تتوافر فى الموت رغم إنتفاء التيقن من حينه،

---

(١) م ٢٧١ مدني.

لأن وقوعه أمر محقق لا شبهة فيه.

**(ب) نوعا الأجل :**

ينقسم الأجل من حيث أثره إلى:

**أولاً: أجل واقف،** يترتب على حلوله نفاذ الإلتزام، وأجل فاسخ يرتب على حلوله إنقضاء الإلتزام، ومن أمثلة الأجل الواقف: إلتزام المقترض برد القرض إلى المقرض، وإلتزام المشترى بدفع الثمن على أقساط يقترن بآجال متتابعة هى مواعيد حلول الأقساط، وإلتزام المقاول بإقامة بناء فى مدة معينة.

**ثانياً: أما الأجل الفاسخ ،** فيترتب على وقوعه إنقضاء الإلتزام المقترن به وإنتهاء تنفيذه، ومثاله عقد التوريد لمدة سنة، حيث يترتب على مرور السنة إنتهاء إلتزام المورد بالتوريد. لذا يطلق عليه بعض الفقه لفظ «الأجل المسقط» أو «الأجل المنهى».

ويوجد الأجل الفاسخ بالضرورة فى كل إلتزام ناشئ عن عقد من عقود المدة، أى فى الإلتزامات الدورية أو المستمرة التنفيذ، حيث يحدد الأجل مدة بقاء الإلتزام، وهو الطريق الطبيعى الذى يترتب على وقوعه إنقضاء الإلتزام الزمنى. كما هو الحال فى عقد الإيجار، وعقد العمل، وعقد التوريد.

ويظهر هذا الأجل كذلك فى بعض العقود التى لا يعتبر الزمن عنصراً جوهرياً فيها بل عنصراً عارضاً «وذلك كفتح مصرف لإعتماد بمبلغ معين لمصلحة أحد عملائه، على أن يستخدمه خلال مدة معينة، فإذا مضت هذه المدة سقط إلتزام المصرف بإنقضائها، على إعتبار أنها أجل مسقط، أو كتعهد صانع معين أن يقوم بأعمال الصيانة التى قد تحتاج

إليها آلة معينة، نظير مقابل لكل إصلاح، خلال أجل يحدده، فبانقضاء هذا الأجل يسقط إلتزام الصانع، ويكون له أن يرفض القيام بالإصلاح».

**(جـ) مصدر الأجل :**

يقصد بمصدر الأجل السبب القانونى الذى يجعل الإلتزام مقترناً بأجل، وهذا السبب أما أن يكون الإتفاق أو القانون أو القضاء. لذا يمكن تقسيم الأجل إلى أنواع ثلاثة: إتفاقى وقانونى وقضائى.

**أولاً: الأجل الإتفاقى:** ينشأ من الإتفاق بين المتعاقدين. وقد يكون الإتفاق مصدر الأجل صريحاً، كإتفاق المؤجر مع المستأجر على أن تكون مدة الإيجار وقتاً معيناً ينتهى بحلوله العقد، وإتفاق البائع مع المشترى على دفع الثمن فى ميعاد محدد. وقد يكون الإتفاق ضمنياً يستخلص من الظروف والملابسات أو من طبيعة الإلتزام. مثال ذلك الإتفاق مع الصانع على صناعة شئ معين كأثاث أو ملابس، وإلتزام الناقل بنقل البضاعة، وإلتزام المقاول ببناء المنزل، فى هذه الحالات يكون الإلتزام مضافاً إلى أجل واقف، لم يتم تحديده فى العقد، إلا أنه مفروض ضمناً وهو المدة اللازمة لإتمام العمل. ومن الأمثلة كذلك إلتزام المورد بتوريد أغذية للمدارس، فالأجل هنا، وإن لم يحدد صراحة، إلا أنه مفهوم ضمناً، حيث يضاف إلتزام المورد إلى أجل واقف هو موعد بدء الدراسة وإلى أجل فاسخ هو موعد انتهائها. وإذا ثار نزاع حول تحديد الأجل تولى القاضى ذلك على ضوء المدة المألوفة مسترشداً فى ذلك بظروف التعاقد والعادات الجارية.

**ثانياً: الأجل القانونى:** ويكون مصدره نص القانون، فهو الذى يتولى تحديده إما بمدة معينة من الزمن، وإما بواقعة محددة كالموت

مثلاً. ومثال ذلك فى الحالة الأولى نص المادة ٦٧٣ مرافعات على إلزام الراسى على المزاد فى التنفيذ العقارى بأن يودع الثمن خزانة المحكمة خلال الثلاثة أشهر التالية لصيرورة البيع نهائياً. وقد يتدخل المشرع، فى الظروف الإستثنائية كالحرب والأزمات الإقتصادية، ليمنح المدينين آجالاً للوفاء بديونهم أو ليوقف الدعاوى المرفوعة بها إلى آجال يعينها، وذلك حرصاً على المصلحة العامة.

ومثال ذلك فى الحالة الثانية، الوصية إذ هى مضافة إلى أجل واقف هو موت الموصى، وإنقضاء الإلتزام بدفع إيراد مرتب مدى الحياة بوفاة المنتفع، وإنقضاء حق الإنتفاع بموت المنتفع إن لم ينقض قبل ذلك بإنقضاء مدة معينة.

**ثالثاً:** أما الأجل القضائى (الأجل الممنوح) فيكون مصدره القضاء، وهو المعروف بنظرة الميسرة، وهو أجل واقف يمنحه القاضى للمدين مراعاة لظروفه، فيمهله فى الوفاء، رغم إستحقاق دينه، مدة معينة. ويترتب على ذلك تأجيل تنفيذ الإلتزام(١).

وسوف نعرض لدراسة نظرة الميسرة بمناسبة إنقضاء الإلتزام عن طريق الوفاء.

---

(١) وتنص المادة ٣٤٦ علي ذلك بقولها «١- يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الإلتزام نهائياً في ذمة المدين، ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. ٢-علي أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية، إذا لم يمنعه نص في القانون، أن ينظر المدين إلي أجل معقول أو آجال ينفذ فيها إلتزامه إذا إستدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم».

## المطلب الثانى

## آثار الأجل

تجب التفرقة فى هذا المجال بين الأجل الواقف والأجل الفاسخ.

### (أ) آثار الأجل الواقف:

إن الإلتـزام المضـاف إلى أجل واقف يكون، قـبل تحـقق الأجل، موجوداً وباتاً ولكن غير نافذ[1]:

**أولاً:** الإلتزام موجود وقائم قبل حلول الأجل، شأنه فى ذلك شأن الإلتزام المعلق على شرط واقف ويترتب على ذلك أنه:

١- ينتقل حق الدائن إلى الغير بالتصرف والميراث وغير ذلك من أسباب إنتقال الحقوق.

٢- يجـوز للدائن القيـام بالأعـمال المادية اللازمة لصيانتـه من التلف، ولا يجوز للمدين القيام بأى عمل من شأنه منع إستعمال الحق عند حلول أجله أو يزيده صعوبة.

٣- يجوز للدائن إتخاذ الأعمال التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه، كقيد الرهن المقرر لضمان هذا الحق، وتجديد هذا القيد، ووضع الأختام، ورفع دعوى الصورية ورفع الدعوى غير المباشرة دون الدعوى

---

(١) تنص المادة ٢٧٤ مدني علي أنه «١- إذا كان الإلتزام مقترناً بأجل واقف، فإنه لا يكون نافذاً إلا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل. علي أنه يجوز للدائن، حتي قبل إنقضاء الأجل، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به علي حقوقه، وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا خشي إفلاس المدين أو إعساره واستند في ذلك إلي سبب معقول. ٢- ويترتب علي إنقضاء الأجل الفاسخ زوال الإلتزام، دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعي».

البوليصية لأن الحق غير نافذ.

**ثانياً:** إن الإلتزام المضاف إلي أجل واقف هو إلتزام بات لأنه محقق الوقوع، وذلك بخلاف الحال بالنسبة للإلتزام المعلق علي شرط واقف لأنه غير محقق الوقوع ومن ثم فهو غير بات ويتسم بعدم الإستقرار، ويترتب علي ذلك أنه:

١- يجوز للدائن، قبل حلول الأجل، مطالبة المدين بتأمين خاص ككفالة أو رهن إذا خشي إفلاس المدين أو إعساره وإستند في ذلك إلي سبب معقول.

٢- يسقط الأجل إذا شُهر إفلاس المدين أو إعساره، وفقاً لنصوص القانون، أو إذا اضعف المدين بفعله إلي حد كبير ما أعطي الدائن من تأمين خاص، كما لو قام بأعمال أدت إلي هلاك الشئ المرهون، هذا ما لم يُفضل الدائن أن يطالب بتكملة التأمين، أما إذا كان اضعاف التأمين يرجع إلي سبب لا دخل لإرادة المدين فيه، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً. ويسقط الأجل كذلك إذا لم يقدم المدين للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات[1].

٣- «إذا هلك الشئ محل الحق المؤجل بسبب أجنبي قبل حلول الأجل، كان الهلاك علي الدائن لا علي المدين، لأن الشئ قد أصبح حقاً مؤكداً له فيهلك عليه، بخلاف ما رأيناه في الشرط. فإذا هلكت العين المؤجرة في يد المستأجر قبل حلول أجل ردها، أو هلكت الوديعة في يد حافظ الوديعة قبل إنقضاء أجل الوديعة، كان الهلاك علي الدائن، أي المؤجر أو المودع. أما إذا كان العقد بيعاً فقد رأينا أن العين تهلك علي

(١) م٢٧٣ مدني. حسام الاهوانى ص٢٣٨

البائع، فإذا حدد أجل لتسليم العين المبيعة إلي المشتري، وهلكت العين قبل التسليم، فالهلاك علي البائع لا علي المشتري أي علي المدين لا علي الدائن، وهذا هو حكم العقد إذا كان ناقلاً للملكية».

**ثالثاً:** ولكن الإلتزام المضاف إلي أجل واقف لا يكون نافذاً إلا إبتداء من الوقت الذي ينقضي فيه الأجل، ويترتب علي ذلك أنه:

١- لا يجوز للدائن أن يطالب المدين بالوفاء قبل حلول الأجل، لأن الدين غير مستحق الأداء، ومن ثم فهو لا يقبل التنفيذ الجبري. وللمدين أن يدفع بعدم قبول الدعوي.

٢- إذا قام المدين بوفاء الدين إختياراً قبل حلول الأجل وهو عالم بذلك إعتبر هذا منه نزولاً عن الأجل، والتنازل سبب من أسباب حلول الأجل. أما إذا قام المدين بالوفاء عن غلط معتقداً أن الأجل قد حل أو معتقداً أن الدين حال غير مؤجل، جاز له أن يسترد ما أداه لأنه دفع غير المستحق.

ولكن نظراً لأن الدين المؤجل محقق الوقوع، فإن المشرع أجاز للدائن أن يرد فقط ما إستفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر. فيحق مثلاً لمقاول إعتقد خطأ أنه ملزم بتسليم بناء قبل الموعد المقرر بستة أشهر، وتحمل بسبب ذلك نفقات إضافية، أن يطالب الدائن،إذا لم يشأ أن يرد البناء الذي تسلمه إلي أن يحل الأجل،بأقل القيمتين: قيمة النفقات الإضافية وقيمة إيراد البناء في خلال الشهور الستة.

فإذا كان الإلتزام الذي لم يحل أجله نقوداً، إلتزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانوني أو الإتفاقي عن المدة الباقية لحلول

الأجل[1].

٣- لا تجوز المقاصة بين الدين المؤجل ودين آخر مستحق الأداء للمدين على الدائن لأن المقاصة القانونية لا تقع إلا بين دينين مستحقى الأداء. ولا يجوز للدائن أن يحبس حقاً للمدين عنده لأن الحبس لا يكون إلا لدين مستحق الأداء.

٤- لا يجوز للدائن أن يوقع حجزاً تحفظياً تحت يد مدين مدينه، أو أى حجز تحفظى آخر، لأن ذلك الحجز لا يجوز توقيعه إلا إذا كان الدين المحجوز به محقق الوجود حال الأداء. ولا يجوز للدائن أن يستعمل الدعوى البوليصية لأن من شروطها أن يكون حق الدائن مستحق الأداء.

٥- لا يسرى التقادم المسقط بالنسبة للدين المؤجل إلا منذ حلول الأجل.

**(ب) آثار الأجل الفاسخ :**

يكون الإلتزام المضاف إلى أجل فاسخ موجوداً ونافذاً، ويكون للدائن حق مؤكد الوجود ومستحق الأداء، يستطيع التصرف فيه والتنفيذ عليه، ولكن هذا الحق مؤقت ومحقق الإنقضاء بحلول الأجل. فالإلتزام المضاف إلى أجل فاسخ ينقضى بإنقضاء الأجل، فإذا حل الأجل زال الإلتزام.

ويمكن للدائن أن يقتضى حقه المقترن بأجل فاسخ من المدين طوعاً وتنفيذه جبراً عنه لأننا بصدد حق حال واجب الأداء، ويسرى التقادم

---

(١) م١٨٣ مدنى.

المسقط بالنسبة له، ويمكن لصاحبه أن يوقع الحجوز التحفظية ويستعمل الدعوى البوليصية ويحبس ما تحت يده للمدين حتى يستوفى حقه.

وينتقل هذا الحق بالميراث، ويمكن التصرف فيه بجميع أنواع التصرفات الجائزة، إلا أن هذه التصرفات تكون محصورة فى حدود الأجل المقرر للحق، فهى مؤقتة مثله، وهو ينتهى حتماً بحلول الأجل المضاف إليه، وتزول معه التصرفات التى وردت عليه، لأن الشخص لا يمكنه أن ينقل لغيره أكثر مما له، فحقه مؤكد الزوال.

وبمقارنة الحق المضاف إلى أجل فاسخ بالحق المعلق على شرط فاسخ يتضح لنا أنهما يشتركان فى الوجود والنفاذ، ويختلفان فى أن الأول مؤكد الزوال عند حلول الأجل، وهذا الأجل قادم بلا شك، حيث يترتب على حلوله زوال الحق. أما الثانى فهو مهدد بالزوال لأن الشرط قد يحدث وقد لا يحدث.

ويختلف أثر الأجل عن أثر الشرط إختلافاً جوهرياً، فقد جعل القانون لتحقق الشرط أثراً رجعياً، أما الأجل سواء كان واقعاً أم فاسخاً، لا ينتج أثراً إلا من وقت حلوله، ولا يكون له أثر رجعى بأى حال. فمتى حل الأجل الواقف، لا يكون لحلوله أثر رجعى، ويصبح الإلتزام المضاف إليه نافذاً ويصير حق الدائن مستحق الأداء من وقت حلول الأجل وليس من وقت الإتفاق كما هو الحال بالنسبة للشرط الواقف. وإذا إنقضى الأجل الفاسخ زال الإلتزام المقترن به دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعى، بل يزول من وقت تحقق الأجل، أى بالنسبة للمستقبل فقط، فهو يكف عن إنتاج أى أثر من ذلك الحين، أما الآثار التى تمت قبل حلول الأجل فتظل قائمة لا يلحقها أى مساس.

## المطلب الثالث

## انقضاء الأجل

ينقضى الأجل، عادة، بحلوله. ولكنه قد ينتهى قبل ميعاده إما بالنزول عنه من ذى المصلحة فيه، وإما بسقوطه بحكم القانون.

### (أ) حلول الأجل:

يحل الأجل بانقضاء الميعاد المحدد الذى إقترن به الإلتزام (تاريخ معين مثلاً) أو بتحقق الأمر المنتظر كالوفاة أو العودة من الحج أو بدء العام الدراسى[1].

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص فى هذه المسألة، هو المادة ٣٩٤ من هذا المشروع، وكانت تجرى على الوجه الآتى: « ١-يحل الأجل إذا تحقق الأمر المنتظر أو إنقضى الميعاد المضروب ٢- إذا جعل مبدأ سريان الأجل من وقت وقوع أمر معين، فلا يحسب اليوم الذى يقع فيه هذا الأمر عند حساب الأجل ٣- إذا كان الميعاد بالأيام، فيحسب اليوم من منتصف الليلة إلى منتصف الليلة التالية، وإذا كان بالأسابيع أو بالشهور أو بالسنين، فإنه ينقض فى اليوم الى يتفق فى تسميته أو فى تاريخه مع اليوم الذى بدأ فيه الميعاد، فإن لم يوجد مثل هذا اليوم فى الشهر الأخير فإن الأجل ينقضى فى اليوم الأخير من هذا الشهر. وإذا كان الأجل نصف شهر فتكون مدته خمسة عشر يوماً مهما كان عدد أيام الشهر».

ولقد حذف هذا النص لأنه ليس إلا تطبيقاً تفصيلياً للقواعد العامة، ومن ثم تسرى أحكامه بالرغم من حذفه إستناداً إلى هذه القواعد وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذه المسألة ما نكتفى بنقله هنا: «ويراعى أن أخص ما يعرض فى هذا الشأن تعيين مبدأ سريان الأجل وموعد إنقضائه. فلا يدخل فى حساب الأجل مثلاً ثلاثة أيام بعد الوصول من رحله، فلا يدخل يوم الوصول فى حساب هذا الأجل. ولتعيين موعد إنقضاء الأجل يحسب اليوم من منتصف الليلة إلى منتصف الليلة التالية إذا كان الميعاد بالأيام. أما إذا كان الميعاد بالأسابيع أو بالشهور أو بالسنين، فإنه ينقضى فى اليوم الذى يتفق فى إسمه (الخمسين مثلاً) أو فى تاريخه (كأول يناير مثلاً) مع اليوم الذى بدأ فيه الميعاد، بعد حساب عدد الأسابيع أو =

## (ب) النزول عن الأجل :

ينقضى الأجل بالنزول عنه ممن تقرر الأجل لمصلحته. فقد يكون موضوعاً لمصلحة المدين وحده أو لمصلحة الدائن وحده أو لمصلحة المدين والدائن معاً. وعند الشك يفترض أن الأجل لصالح المدين، حيث ينبغى تفسير الشك لصالحه. فإذا كان الأجل لمصلحة أحد الطرفين، جاز لهذا الطرف أن ينزل عنه. وإن وضع الأجل لصالح الطرفين، تم النزول عنه عن طريق اتفاق بينهما، ولا يجوز لأحدهما أن يستقل بالنزول عنه[1].

---

= الشهور أو السنين. فإذا جعل الأجل مثلاً ثلاثة أسابيع تبدأ من الخميس الثاني من شهر مارس، كان موعد إنقضائه الخميس الأول من شهر أبريل، وإذا جعل ثلاثة أشهر تبدأ من ٢٠ فبراير، كان موعد إنقضائه ٢٠ مايو، وإذا كان ثلاث سنوات تبدأ من ٢٨ فبراير ١٩٣٩، كان موعد إنقضائه٢٨ فبراير سنة ١٩٤٢. وإذا كان الأجل شهرين يبدأ من ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٩، إنقضى فى ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠، لأن اليوم المقابل لليوم الذى يبدأ فيه سريان الميعاد لا نظير له فى الشهرالأخير، وعلى هذا النحو ينقضى الميعاد فى آخر يوم من فبراير أى فى اليوم التاسع والعشرين لوقوع هذا الشهر فى سنة كبيسة. وإذا كان الأجل نصف شهر، إعتبرت مدته خمسة عشر يوماً مهما كان عدد أيام الشهر، فإذا جعل الأجل نصف الشهر يبدأ من منتصف ليل أول فبراير، إعتبر منقضياً فى منتصف ليل ١٥ فبراير. وإذا جعل بدء السريان هذا الأجل منتصف ليل يوم ٢٠ مارس إنقض فى منتصف ليل ٤ أبريل ويراعى فى جميع الأحوال أنه إذا كان آخر يوم من أيام الأجل يوم عطلة، أو يوماً لا يتيسر فيه تنفيذ الإلتزام من جراء أم يقتضيه القانون، فلا ينقض الميعاد إلا فى اليوم التالى».

(١) وقد كان المشرع التمهيدى يشتمل على نص فى هذه المسألة هو نص المادة ٣٩٧، وكانت تجرى على لوجه الآتى: «١- يفترض فى الأجل أنه ضرب لمصلحة المدين، إلا إذا تبين فى العقد أو من نص فى القانون أو من الظروف أنه ضرب لمصلحة الدائن أو لمصلحة الطرفين معاً ٢- إذا تمخض الأجل لمصلحة أحد الطرفين، جاز لهذا الطرف أن يتنازل عنه بإرادته المنفردة». وقد حذف هذا النص لأن حكمه مستفاد من تطبيق القواعد العامة لذلك يكون هذا الحكم واجب التطبيق بالرغم من حذف النص. وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى شرح واف لهذا الحكم نقتصر على إيراده =

= فيما يلى: «قد يضرب الأجل لمصلحة المدين وحده كما هو الشائع فى عارية الإستهلاك بغير فائدة وعارية الإستعمال، أو لمصلحة الدائن وحده، كما هى الحال فى الوديعة أو لمصلحة الدائن والمدين معاً، كما يقع ذلك فى القرض بفائدة، ويفترض عند الشك أن الأجل مضروب لمصلحة المدين وحده، ومع ذلك فقد يستفاد من العقد كما يقع ذلك فى القرض بفائدة أو من نص القانون كما هو الشأن فى حق الإنتفاع والإيراد المرتب مدى الحياة، أو من الظروف كما هى الحال فى ودائع المصارف، إن الأجل قد ضرب لمصلحة الدائن أو لمصلحة الدائن والمدين معاً. فإذا كان الأجل مضروباً لمصلحة الدائن والمدين معاً، فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالتنازل عنه، بل يشترط لذلك تراضيهما. أما إذا كان الأجل على نقيض ذلك مضروباً لمصلحة أحد الطرفين فلمن شرط الأجل لمصلحته، دائناً كان أو مديناً، أن ينزل عنه بإرادته المنفردة وتفريعاً على هذه القواعد لا تجوز الإقالة من الإجارة (وهى لمصلحة الطرفين) قبل إنتهاء الأجل إلا بتراض المؤجر والمستأجر، ويجوز للمستعير فى عارية الإستعمال (وهى لمصلحة المستعير وحده) أن يرد الشئ قبل الأجل المحدد ويجوز للمودع (والوديعة لمصلحته وحده) أن يطالب برد ما إستودع قبل إنقضاء أجل الإيداع».

انظر المادة ٧٢٢ مدنى التى توحى بعكس ذلك حيث تنص على أنه «يجب على المودع عنده أن يسلم الشئ إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده. وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسلم الشئ فى أى وقت، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع».

وتتضمن المادة ٧١٥ مدنى إستثناء آخر فى هذا الصدد بنصها على أنه:

«١- يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدها ولو وجد إتفاق يخالف ذلك. فإذا كانت الوكالة بأجر فإن الموكل يكون ملزماً بتعويض الوكيل عن الضرر الذى لحقه من جراء عزله فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول.

٢- على أنه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبى، فلا يجوز للموكل أن ينهى الوكالة أو يقيدها دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه».

وإذا كان الأجل فى القرض بدون فائدة مقرراً لمصلحة المدين وحده، فإن الأجل فى القرض بفائدة مقرر لمصلحة الطرفين معاً، لذا كان الأصل ألا يستقل أيهما بالتنازل عنه، إلا أن المشرع، تمشياً مع سياسة محاربة الربا، أجاز للمدين بشروط معينة أن ينزل عن الأجل ويلزم الدائن بقبول الوفاء المعجل[1].

**(جـ) سقوط الأجل :**

قد ينقضى الأجل بسقوط حق المدين فيه قبل الميعاد المحدد لإنقضائه، ويكون ذلك بحرمان المدين منه رغم إرادته.

ويبين المشرع أسباب سقوط الأجل بقوله: يسقط حق المدين فى الأجل:

١- «إذا شهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لنصوص القانون.

٢- إذا اضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين، أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً.

---

(١) تبين المادة ٥٤٤ مدنى ذلك بقولها «إذا إتفق على الفوائد، كان للمدين إذا إنقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته فى إلغاء العقد ورد ما إقترضه، على أن يتم الرد فى أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان. وفى هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان. ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه أن يؤدى فائدة أو مقابلاً من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء. ولا يجوز إسقاط حق المقترض فى الرد أو الحد منه».

٣- «إذا لم يقدم الدائن ما وعد فى العقد بتقديمه من التأمينات»[١].

يتضح من النص أن حق المدين فى الأجل (والمقصود هنا هو الأجل الواقف دائماً) يسقط فى حالات ثلاث هى:

**أولاً: شهر الإفلاس أو الإعسار:** يسقط الأجل إذا شُهر إفلاس المدين التاجر، أو إذا شُهر إعسار المدين غير التاجر، وتحل ديونه المؤجلة. ولا يتم شهر الإفلاس أو الإعسار إلا بحكم يصدر من القضاء بذلك، ومن ثم فإن الأجل لا يسقط إلا بصدور هذا الحكم، أى أنه لا يعتد بالإعسار الفعلى فى هذا الصدد، بل لابد من الإعسار القانونى.

والحكمة من إسقاط آجال الديون المؤجلة هى تحقيق المساواة الفعلية بين الدائنين، وذلك باتاحة الفرصة أمام أصحاب هذه الديون لمشاركة أصحاب الديون الحالة فى التنفيذ فوراً على أموال المدين المعسر أو المفلس.

والجدير بالذكر فى هذا المقام أن شهر الإعسار لا يؤدى حتماً إلى سقوط آجال لديون، إذ يجوز للقاضى أن يحكم، بناء على طلب المدين وفى مواجهة ذوى الشأن من دائنيه، بإبقاء الأجل أو مده بالنسبة إلى الديون المؤجلة، كما يجوز له أن يمنح المدين أجلاً بالنسبة إلى الديون الحالة، إذا رأى أن هذا الإجراء تبرره الظروف، وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعا[٢].

---

(١) م٢٧٣ مدنى.

(٢) م٢٥٥ مدنى.

**ثانياً: اضعاف التأمينات الخاصة:** يسقط أجل الدين إذا تسبب المدين بفعله فى إضعاف التأمين الخاص، الذى يضمن هذا الدين، إلى حد كبير. وينصرف الحكم إلى كل تأمين خاص تقرر باتفاق العاقدين، ولو كان هذا التأمين قد تقرر باتفاق لاحق، كالرهن، أو بحكم القاضى كالإختصاص، أو بحكم القانون كالإمتياز.

ويقصد بإضعاف التأمين إلى حد كبير أن تصبح قيمته أقل من قيمة الدين،وذلك كهدم العقار المرهون أو إزالة أجزاء منه. أما إذا كان الاضعاف يسيراً على نحو يظل معه التأمين كافياً بصورة ملحوظة لضمان الدين، فإن الأجل لا يسقط.

وإضعاف التأمين إما أن يرجع إلى فعل المدين أو إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه:

١- فإذا كان إضعاف التأمين راجعاً إلى فعل المدين، عمداً أو إهمالاً، كما لو تسبب فى حريق العين المرهونة، أو نزع بعض أجزاءها، أو أهمل فى المحافظة عليها، كان للدائن الخيار بين أمرين: إما أن يطلب إسقاط أجل الدين ويقتضى الوفاء به حالاً لأنه أصبح مستحق الأداء، وإما أن يطلب، بدلاً من إسقاط الأجل، من المدين تقديم تأمين إضافى يكمل به التأمين الأصلى إلى ما كان عليه قبل إضعافه، مع بقاء الأجل كما هو. فالإلتزام المدين، فى هذه الحالة، إلتزام تخييرى يكون فيه الخيار للدائن.

٢- أما إذا كان إضعاف التأمين راجعاً إلى سبب لا دخل للمدين فيه، أى سبب أجنبى كقوة قاهرة أو حادث فجائى أو فعل الغير، كما إذا إنهدم العقار المرهون نتيجة زلزال أو فيضان أو حريق تسبب فيه

الغير، هنا يسقط أجل الدين، ولكن يحق للمدين أن يتفادى سقوط الأجل بأن يقدم للدائن ضماناً كافياً للوفاء بحقه. وإلتزام المدين، فى هذه الحالة كذلك، إلتزام تخييرى، ولكن الخيار فيه يكون للمدين، بخلاف الفرض الأول، والسبب فى ذلك هو أن المدين غير مسؤول عن إضعاف التأمين، فلم يحدث ذلك بخطأ منه. ويكفى أن يقدم المدين تأميناً كافياً. ولا يشترط، كما فى الحالة السابقة، تكملة التأمين الأصلى، فقد تزيد قيمة هذا التأمين عن قيمة الدين المضمون بكثير.

**ثالثاً: تخلف المدين عن تقديم ما وعد به من تأمينات:** يسقط الأجل كذلك إذا كان المدين قد إلتزم للدائن، فى العقد المنشئ للدين، بتقديم تأمين خاص كرهن أو كفالة، ثم أخل بهذا الإلتزام ولم يقدم التأمين الموعود به. ويعتبر سقوط الأجل هنا جزاء إخلال المدين بالتزامه، فالأجل سقط بسبب خطأ المدين، ولأن الدائن لم يقبل الأجل إلا إستناداً إلى التأمين الذى وعد المدين بتقديمه.

والجدير بالذكر أن الدائن بحق مؤجل، حتى ولو لم يكن له تأمين خاص يضمن حقه، يستطيع أن يطالب بتأمين إذا خشى إفلاس المدين أو إعساره وإستند فى ذلك إلى سبب معقول[1]. فإذا لم يقدم المدين هذا التأمين، الذى يوجبه القانون، فإن من شأن ذلك أن يؤدى إلى سقوط الأجل، كما هو الحال إذا تخلف المدين عن تقديم التأمين الموعود به.[2]

(١) Bauloy, Réflexions sur la notion d'exigiblité de la Gréance, R. T. D. C. 1990. 339

(٢) م٢٧٤/١ مدنى.



# الفصل الثانى

# تعدد محل الإلتزام

يكون الإلتزام بسيطاً إذا إشتمل موضوعه على شئ واحد أو على عدة أشياء تجب معاً، بحيث لا تبرأ ذمة المدين إلا بادائها كلها، وذلك كإلتزام المتقايض بتقديم العقار بالإضافة إلى مبلغ من النقود، وإلتزام المقاول بإنجاز عمل وتسليم شئ، وإلتزام شخص بنقل حق على عين والقيام بعمل نظير مقابل معين للأمرين. هنا نكون بصدد إلتزام متعدد المحل، أى يتمثل فى أشياء متعددة، وتكون كلها واجبة الأداء، يأخذ هذا الإلتزام حكم الإلتزام البسيط ذى المحل الواحد ولا يثير صعوبة لأن ذمة المدين لا تبرأ إذا أدى للدائن جميع الأشياء التى تشكل محل الإلتزام.

لكن الصعوبة تثور إذا إشتمل محل الإلتزام على عدة أشياء وتبرأ ذمة المدين إذا أدى واحداً منها، فإننا نكون بصدد إلتزام تخييرى. وقد يكون محل الإلتزام شيئاً واحداً فقط، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً من هذا الشئ شيئاً آخر، فهنا يقال أن الإلتزام بدلى.

ونعرض لهاتين الحالتين على التوالى فيما يلى:

## المبحث الأول

## الإلتزام التخييري

### (أ) معنى الإلتزام التخييرى(١) :

إن الإلتزام التخييرى هو الذى يشتمل موضوعه على جملة أشياء، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا قام بأداء واحد منها فقط. مثال ذلك إلتزام الشريك بأن يقدم للشركة حصة نقدية أو عينية أو عملاً، وتعهد البائع بأن يبيع للمشترى إحدى حصانين يملكهما، وإلتزام المدين بأن يقدم للدائن رهناً أو كفالة لضمان حقه.

ويجب أن يصلح كل شئ من الأشياء المتعددة، التى يلتزم بها المدين، محلاً للإلتزام، أى ينبغى أن يكون مستوفياً لجميع الشروط التى يستلزم القانون توافرها فى المحل. فيلزم أن يكون كل أداء من الأداءات المتعددة للإلتزام التخييرى ممكنا ومعيناً ومشروعاً، فإذا لم تتوافر هذه الشروط إلا فى أداء واحد، فإن إلتزام المدين ينحصر فيه ويصبح هذا الإلتزام عندئذ بسيطاً غير موصوف منذ البداية. فإذا كان الإلتزام التخييرى محله شيئان فقط، أحدهما غير ممكن أو غير مشروع، فلا يكون الإلتزام تخييرياً بل بسيطاً يقتصر على محل واحد هو هذا الشئ الذى توافرت فيه صلاحية الإلزام أى القابلية للتنفيذ دون غيره. وكذلك الحال إذا كانت كل الأشياء صالحة للإختيار بينها، عند الإلتزام، إلا أن

(١) تنص المادة ٢٧٥ مدنى على أنه «يكون الإلتزام تخييرياً إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها. ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك».

بعضها صار مستحيلاً بعد ذلك، فإن الإلتزام يبقى قائماً وتخييرياً بالنسبة للأشياء الممكنة المتبقية، ويتحول الإلتزام إلى إلتزام بسيط إذا كان المتبقى محلاً واحداً ممكناً.

**(ب) لمن يثبت الخيار ؟**

الأصل أن يكون الخيار للمدين، حيث يكون له حق تعيين المحل الذى تبرأ ذمته براءة تامة بالوفاء به. ويجوز أن يتفق الطرفان صراحة أو ضمناً على أن يكون الخيار للدائن لا المدين، وإذا ثار الشك حول التعرف على إرادة الأطراف، فإن الشك يفسر لمصلحة المدين.

ويمكن أن يتولى المشرع تعيين من له حق الخيار، كما سبق أن رأينا بصدد سقوط الأجل حيث النص على أنه إذا أضعف المدين بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، كان للدائن الخيار بين أمرين: إما المطالبة بإستيفاء حقه فوراً، وإما المطالبة بتكملة التأمين[1].

وإذا مات صاحب الخيار قبل إستعمال خياره إنتقل هذا الحق إلى ورثته، وإذا أشهر إفلاسه أو إعساره أصبح هذا الحق لجماعة الدائنين يستعملونه بواسطة من يمثلهم.

وليس هناك ما يمنع من الإتفاق على أن يتولى الخيار شخصاً من الغير كخبير فنى أو طرف محايد يرتضيه الطرفان.

---

(١) م٢٧٣ مدنى. Com. 8 mars 1994, D. 1994, 557, a ote Bazin

### (جـ) إستعمال حق الخيار :

يتم الخيار متى أخطر صاحب الحق فيه الطرف الآخر بما أستقر عليه رأيه، أو متى قام المدين بالوفاء بشئ مما يرد التخيير عليه، إن كانت الخيرة له، أو متى طالب الدائن بالوفاء بشئ من الأشياء التى يشتمل عليها محل الإلتزام إن كان مرجع الإختيار له.

ومتى تم الإختيار إمتنع العدول عنه بغير رضاء الطرف الآخر، ويعتبر الشئ الذى وقع الإختيار عليه كما لو كان هو الواجب الأداء وحده من بادئ الأمر، أى أن الإلتزام التخييرى يتحول إلى إلتزام بسيط محله ذلك الذى وقع عليه الإختيار.

ولإستعمال حق الخيار أثر رجعى، بمعنى أن تعيين محل الإلتزام يعتبر كأنه حدث منذ الإتفاق على نشوء الإلتزام لا منذ تمام الإختيار، بحيث يعتبر الإلتزام بسيطاً لا تخييرياً منذ نشوئه، قام منذ البداية، على محل واحد هو الذى وقع عليه الإختيار. ويترتب على ذلك أن ملكية الشئ المختار تنتقل إلى الدائن (المشترى مثلاً) من وقت العقد لا منذ اعمال حق الخيار، هذا إذا كان الشئ منقولاً معنياً بالذات.

### (د) الإمتناع عن إستعمال الخيار :

إذا إمتنع من له الخيار عن إستعماله، فإن الحكم يختلف من حالة إلى أخرى:

١- فإذا كان الخيار للمدين ثم إمتنع عن الإختيار، أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم، فإنه يكون لصاحب الحق (الدائن) أن

يطلب من القاضى تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون، وإلا تولى القاضى بنفسه تعيين محل الإلتزام. ويسرى نفس الحكم إذا كان الخيار لأجنبى.

٢- أما إذا كان خيار التعيين للدائن، وإمتنع عن الإختيار، أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم، يجوز للمدين أن يطلب إلى القاضى تعيين أجل يختار فيه الدائن، أو يتفق فيه الدائنون، وإلا انتقل الخيار إلى المدين[١].

**(هـ) أحكام الهلاك وإستحالة التنفيذ :**

يجب التفرقة فى هذا الصدد بين ما إذا كانت الإستحالة راجعة إلى سبب أجنبى أم إلى خطأ أحد المتعاقدين[٢]:

**أولاً : إذا كانت الإستحالة راجعة إلى سبب أجنبى لا دخل للدائن أو للمدين فيه، إنقضى الإلتزام، وفقاً للقواعد العامة، متى شملت هذه الإستحالة جميع الأمور التى يرد عليها التخيير. كما لو تعهد البائع للمشترى بأن يبيعه أحد الحصانين اللذين يمتلكهما، ثم هلك الحصانان معاً.**

**أما إذا اقتصرت الإستحالة على أحد محلى التخيير (كما لو هلك**

---

(١) م٢٧٦ مدنى.

(٢) تنص المادة ٢٧٧ مدنى على أنه إذا كان الخيار للمدين، ثم إستحال تنفيذ كل من الأشياء المتعددة التى إشتمل عليها محل الإلتزام، وكان المدين مسؤولاً عن هذه الإستحالة، ولو فيما يتعلق بواحدة من هذه الأشياء، كان ملزماً بأن يدفع قيمة آخر شئ إستحال تنفيذه. اسماعيل غانم ص٣٠٨

حصان واحد وفقط)، فإن الإلتزام لا ينقضى، بل يتحدد محله فى الشئ الآخر، ويصبح إلتزاماً بسيطاً بعد أن كان تخييرياً. ويستوى، فى كلا الفرضين، أن يكون الخيار للمدين أو للدائن، فالحكم واحد فى الحالتين.

**ثانياً:** وقد ترجع الإستحالة إلى خطأ أحد المتعاقدين:

١- فإذا كانت الإستحالة راجعة إلى خطأ المدين، فإن الحكم يختلف بحسب ما إذا كان الخيار للمدين أم للدائن، وما إذا وردت الإستحالة على أحد محلى التخيير أم على المحال جميعاً:

- فإذا إقتصرت الإستحالة على أحد محلى التخيير دون الآخر، وكانت راجعة إلى خطأ المدين، فيتعين عليه الوفاء بما يقوم به وصف الإمكان حتى لا يفيد من خطأه، أى أنه يفى بالشئ المتبقى. هذا إذا كان الخيار للمدين أما إذا كان الخيار للدائن، فله أن يطالب بالوفاء بالشئ الآخر مادام هذا الوفاء ممكناً، أو أن يطالب بقيمة الشئ الأول وهو الذى أصبح تنفيذه مستحيلاً من جراء خطأ المدين.

- أما إذا كانت الإستحالة ناشئة عن خطأ المدين، وكانت شاملة لجميع الأمور التى يرد التخيير عليها، تعين على المدين أداء ما طرأت عليه إستحالة التنفيذ أخيراً، هذا إذا كان الخيار للمدين، أما إذا كان الخيار للدائن، فله أن يطالب المدين بقيمة ما يقع عليه إختياره.

٢- وإذا كانت الإستحالة راجعة إلى خطأ الدائن، فإن الحكم يختلف بحسب ما إذا كان الخيار للمدين أم للدائن، وما إذا وردت الإستحالة على أحد محلى التخيير أم على المحال جميعاً.

- فإذا اقتصرت الإستحالة على أحد محلى التخيير، فللمدين أن يختار الوفاء بالآخر، وفى هذه الحالة يكون له أن يطالب الدائن بقيمة ما استحال الوفاء به من جراء خطأه، هذا إذا كان الخيار للمدين، أما إذا كان الخيار للدائن، فله أن يختار الشئ الذى هلك بخطأه ويكون بذلك قد استوفى حقه، وله كذلك أن يختار إستيفاء ما بقى الوفاء به ممكناً، على أن يؤدى فى هذه الحالة قيمة ما إستحال الوفاء به من جراء خطأه.

- وإذا تناولت الإستحالة جميع الأمور التى يرد التخيير عليها، فللمدين، وهو صاحب الخيار، أن يعين الأمر أو التكليف الذى يعتبر أن ذمته قد برئت بسبب الهلاك الحادث من جراء خطأ الدائن. أما إذا كان الخيار للدائن، فإنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشئ الذى لا يقع عليه إختياره وتعين عليه أداء قيمته، بإعتبار أن هلاك ما يقع عليه الإختيار يستتبع براءة ذمة المدين.

## المبحث الثاني

## الإلتزام البدلي

### (أ) تعريف الإلتزام البدلى :

يكون الإلتزام بدلياً إذا لم يشمل محله إلا شيئاً واحداً، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر. والشئ الذى يشمله محل الإلتزام، لا البديل، هو الذى تبرأ ذمة المدين بأدائه، وهو وحده محل الإلتزام، وهو وحده الذى يعين طبيعته[١].

(١) م٢٧٨ مدنى.

يتضح من ذلك أن الإلتزام البدلى يقع محله على شئ واحد فقط، ولكن المدين يستطيع إبراء ذمته إذا أدى شيئاً آخر، بدلاً من المحل الأصلى، والخيار هنا لا يكون إلا للمدين فقط، فالدائن لا يستطيع أن يطالب إلا بالشئ الأصلى فقط.

**(ب) أحكام الإلتزام البدلى ومقارنته بالإلتزام التخييرى :**

إن محل الإلتزام البدلى هو الشئ الأصيل وحده، بينما يكون محل الإلتزام التخييرى أحد الشيئين أو الأشياء المتعددة. فللإلتزام البدلى محل واحد، يسمى بالمحل الأصلى، إلا أنه يوجد محل آخر، يسمى بالبديل، يمكن أن يقدم بدلاً من الأول. مثال ذلك أن يقترض شخص من آخر نقوداً ويتفق معه على أن يستطيع، إذا لم يرد مبلغ القرض، إعطاءه، بدلاً منه، سيارة معينة مثلاً، فالمبلغ الذى إقترضه هو المحل الأصلى والسيارة هى البديل.

ويتضح من ذلك أن الإلتزام البدلى يفترق عن الإلتزام التخييرى فى أن محل الأول ينحصر فى الإلتزام بأمر واحد يُعين ابتداءً، مع تخويل المدين حق الوفاء ببديل عنه، فتبرأ ذمته بذلك. وقد يكون مصدر الإلتزام البدلى عقداً من العقود أو نصاً من نصوص القانون[١].

ويترتب على ذلك عدة نتائج هى:

١- يجب أن تتوافر فى المحل الأصلى كافة الشروط التى يتطلب

---

(١) مثال ذلك نص المادة ١/٤٦٩ على أنه إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل إليه الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع.

القانون توافرها فى المحل، وإلا كان الإلتزام باطلاً، وإذا لم تتوافر هذه الشروط فى البديل، فإنه يسقط، ويبقى الإلتزام قائماً على محله الأصلى، إلا أنه يصبح إلتزاماً بسيطاً ذا محل واحد.

٢- المدين هو صاحب الحق فى خيار البدل، حيث يكون له دائماً حق إختيار الوفاء بالمحل الأصلى أو المحل البدلى، أما فى الإلتزام التخييرى، فالخيار، وإن كان يثبت، فى الأصل، للمدين، إلا أنه يمكن أن يثبت كذلك للدائن أو لأجنبى كما رأينا.

٣- تتحدد طبيعة الإلتزام البدلى، منذ البداية، وفقاً لماهية المحل الأصلى لا البديل، فإذا كان هذا المحل عقاراً كان الإلتزام عقارياً ولو كان البديل منقولاً، ولهذا أهميته فيما يتعلق بتقدير قيمة الإلتزام، وتحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع، ومدى قابلية الإلتزام للتجزئة من عدمه. أما فى الإلتزام التخييرى فإن طبيعته تكون غير محددة وكذلك قيمته، إذا إختلفت الأشياء فى الطبيعة أو القيمة، إلى أن يتحدد المحل فى أحد هذه الأشياء المتعددة بعد الخيار أو هلاك البعض منها.

٤- ينقضى الإلتزام البدلى إذا هلك الشئ الأصلى لسبب أجنبى، وتبرأ ذمة المدين ولو كان البدل قائماً والوفاء به مازال ممكناً، لأن محل الإلتزام هو الشئ الأصلى لا البدل.

وإذا هلك المحل الأصلى بفعل المدين، فإن الإلتزام ينقضى وليس للدائن أن يطالب بالبدل، بل يقتصر حقه على مطالبة المدين بتعويض عن هذا الهلاك، ويستطيع هذا الأخير أن يتوقى دفع التعويض بالوفاء بالبديل.

أما إذا هلك البديل بسبب أجنبى أو بفعل المدين، فإن الإلتزام لا ينقضى، بل يبقى قائماً على المحل الأصلى، ويصبح الإلتزام البدلى إلتزاماً بسيطاً.

ويختلف الحال، كما رأينا، بالنسبة للإلتزام التخييرى، فهو لا ينقضى إلا بهلاك جميع الأشياء المتعددة التى إشتمل عليها محل الإلتزام، أما إذا إشتمل المحل على شيئين، وهلك أحدهما، فلا تبرأ ذمة المدين، بل يجب عليه أن يؤدى إلى الدائن الشئ الآخر.

# الفصل الثالث
# تعدد طرفى الإلتزام

الأصل فى الإلتزام أن يكون بسيطاً، فيه دائن واحد ومدين واحد، ولكن قد يتعدد الأطراف، فإذا تعدد الدائنون أو المدينون ولكن دون تضامن بينهم، كان الإلتزام مشتركاً أو متعدد الأطراف، أما إن كان هناك تضامن بينهم كان الإلتزام تضامنياً. ويكون سلبيا إذا قام بين المدينين.

وأخيراً قد يتعدد الطرفان أو أحدهما دون تضامن، ولكن يكون الإلتزام غير قابل للإنقسام أو التجزئة حيث لا يمكن الوفاء به إلا كاملاً ومرة واحدة.

ونتناول فى مباحث ثلاثة متعاقبة الإلتزام متعدد الأطراف أو الإلتزام المشترك،والإلتزام التضامنى، والإلتزام غير القابل للإنقسام.

## المبحث الأول

## الإلتزام متعدد الأطراف- الإلتزام المشترك

### (أ) مفهوم الإلتزام المشترك :

إذا تعدد الدائنون أو المدينون فى الإلتزام الواحد، دون أن يكون هناك تضامن بين الدائنين أو بين المدينين، فإن الإلتزام ينقسم بين الأشخاص المتعددين، ويؤدى ذلك إلى تعدد الإلتزامات بقدر عددهم، حيث يستقل كل دين عن الآخر، بصرف النظر عن إتحاد مصدرها. ويعتبر إلتزام كل شخص بسيطاً بالنسبة له. فالقاعدة أن يكون لكل واحد من الدائنين نصيبه من الدين كأنه دين مستقل بذاته. وكذلك فى

حالة تعدد المدينين بالنسبة إلى نصيب كل منهم، فلا يتأثر أحد الدائنين أو المدينين بموقف باقى الشركاء.

والأصل أن الإلتزام ينقسم على الدائنين المتعددين أو على المدينين المتعددين بنسب متساوية، ما لم يقض الإتفاق أو القانون بخلاف ذلك. فإذا إشترى ثلاثة أشخاص عقاراً، إنقسم الثمن بينهم، وصار كل منهم ملتزماً بثلثه، والعكس إذا باع الثلاثة نفس العقار، ما لم يقضى الإتفاق فيما بينهم باختلاف نصيب كل منهم فى ملكية العقار وفى الإلتزام بالثمن.

**(ب) مصدر الإلتزام المشترك :**

ويكون التعدد مصدره القانون أو الإتفاق. فطبقاً للقانون(١) إذا توفى الدائن إنتقل حقه إلى ورثته، كل بقدر نصيبه فى الميراث، ويصبح للمدين، بدلاً من دائن واحد، دائنون متعددون هم الورثة. وقد يرجع التعدد إلى الإتفاق، كما لو باع عدة ملاك على الشيوع المال الشائع، فإن كل منهم يصبح دائنًا بدين الثمن فى حدود حصته فى الشيوع. وإذا إشترى عدة أشخاص عقاراً، أصبحوا مدينين بالثمن كل بنسبة حصته. فى هذين المثالين ينشأ الإلتزام متعدد الأطراف منذ البداية بخلاف حال إنتقال الحق إلى الورثة حيث ينشأ الإلتزام فى أول الأمر بين دائن واحد ومدين واحد، ويطرأ تعدد الأطراف فيما بعد.

---

(١) ومن أمثلة تعدد المدينين نص المادة ١/٥٢٣ على أنه «إذا لم تف أموال الشركة بديونها، كان الشركاء مسؤولين عن هذه الديون فى أموالهم الخاصة، كل بنسبة نصيبه فى خسائر الشركة، ما لم يوجد إتفاق على نسبة أخرى».

**(جـ) آثار الإلتزام المشترك :**

**أولاً:** يترتب على تعدد المدينين فى نفس الدين بغير تضامن بينهم أنه:

١- لا يجوز للدائن أن يطالب أى منهم إلا بقدر نصيبه فى الدين.

٢- إذا اعسر أحد المدينين، تحمل الدائن وحده نتيجة هذا الإعسار ولا يستطيع الرجوع بحصة المعسر على الآخرين لأنهم لا يتحملون نتائج إعسار أى منهم.

٣- إذا إتخذ الدائن إجراءات وقف سريان التقادم أو قطعه أو قام بإعذار المدين أو مطالبته قضائياً، فإن أثر هذه الإجراءات يقتصر على المدين الذى أُتخذت فى مواجهته.

٤- تظل أسباب البطلان التى ترجع إلى سبب شخصى خاص بأحد المدينين قاصرة عليه وحده.

**ثانياً:** أما إذا تعدد الدائنون بغير تضامن بينهم فإنه :

١- لا يجوز لأى منهم أن يطالب المدين بأكثر مما له من الحق.

٢- لا يجوز للمدين أن يوفى أياً منهم إلا بقدر نصيبه فى الحق.

٣- يقتصر أثر الإجراءات التى يتخذها الدائن لوقف التقادم أو قطعه أو إعذار المدين أو مطالبته قضائياً، عليه وحده دون غيره من الدائنين الآخرين.

## المبحث الثاني

## التضامن

التضامن قد يكون بين المدينين ويطلق عليه إسم التضامن السلبى، وقد يكون بين الدائنين ويطلق عليه إسم التضامن الإيجابى. ونعرض لكل منهما فى مطلب مستقل.

### المطلب الأول

### التضامن الايجابى

### (تضامن الدائنين)

#### الفرع الأول

#### مفهوم التضامن الإيجابي

نكون بصدد تضامن بين الدائنين إذا كان لكل منهم الحق فى إقتضاء الدين كله من المدين، ويحق للمدين أن يوفى الدين لأى منهم، على أن يرد الدائن الذى إستوفى الدين كله لكل واحد من الدائنين الآخرين نصيبه. فالتضامن الإيجابى يجعل من حقوق الدائنين حقاً واحداً يستطيع كل منهم أن يطلبه كاملاً من المدين لأن كل منهم ينوب عن الآخرين فى طلبه، وتبرأ ذمة الدين قبل الدائنين جميعاً إذا هو أدى الحق لأى منهم.

والتضامن بين الدائنين لا يُفترض، وإنما يكون بناء على إتفاق ذوى الشأن أو نص القانون. ويجب أن تكون الإرادة واضحة فى الإنصراف إليه، أى أن يكون إتفاق المتضامنين واضحاً فى الإلتجاه إلى التضامن، وإلا وجب الإلتزام بمبدأ عدم إفتراض التضامن، ويؤول الشك إلى نفيه.

والغالب أن يتمثل مصدر التضامن الإيجابى فى الإتفاق أو الإرادة بوجه عام، كما فى الوصية، حيث يوصى شخص لعدة أشخاص بمال معين، وينص فى الوصية على أن يكون هؤلاء الأشخاص متضامنين فى المطالبة بالمال الموصى به. ولعل الصورة الأكثر شيوعاً فى العمل هى حالة ما إذا كان هناك مدينون متضامنون ثم ينقلبون دائنين متضامنين بسبب ظروف تنفيذ العقد، كما لو صدر البيع من عدة بائعين متضامنين فى الإلتزام بالتسليم، فإذا لم يقم المشترى بدفع الثمن لهم، فإنهم يصبحون دائنين بالتضامن فى المطالبة بفسخ البيع. وكذلك الحال فى حالة وجود أكثر من واهب فى عقد الهبة حيث يكونون مدينين بإعطاء الهبة، فإذا أراد الواهبون المتضامنون إسترداد الهبة، فإنهم يكونون دائنين متضامنين فى دعوى الرجوع.

ونادراً ما ينص القانون على التضامن الإيجابى، ويجب أن يفسر حكم القانون الذى يقضى بالتضامن على ضوء إعتبار التضامن إستثناء على مبدأ عدم إفتراض التضامن. ومثال ذلك نص المادة ٧١٦ من قانون الموجبات اللبنانى على أنه إذا تعدد المودعون فى عقد الوديعة فإنهم متضامنون ليس فقط فى الإلتزامات بل وفى الحقوق الناشئة عن الوديعة.

والغرض من التضامن الإيجابى هو تسهيل عملية إستيفاء الحق حيث يتمكن الدائنون من تحصيل الدين عن طريق واحد منهم، إذ يكون لأى منهم أن يستوفى كامل الدين من المدين، ويجوز للمدين أن يبرئ ذمته من الدين بالوفاء به لأى من الدائنين.

إلا أن مضار التضامن الإيجابى تربو على فوائده، لذا يندر وقوعه فى الحياة العملية. فالفائدة الحقيقية من هذا التضامن تعود على المدين

وحده حيث ييسر عليه عملية الوفاء بالدين لذا لا يتم اللجوء إليه، فى الواقع، إلا بُناءاً على طلب المدين. أما بالنسبة للدائنين فهذا التضامن قد يُعرضهم لمخاطر إعسار الدائن الذى تم الوفاء له بكل الدين حيث يستوفى أحدهم الدين ثم يُعسر قبل أن يوفى لشركائه حصصهم. وقد حاول المشرع التخفيف من هذه الآثار بالنص على جواز إعتراض أى من الدائنين على أن يقع الوفاء لأحدهم[1].

لذا كانت الوكالة الطريق العملى البديل عن التضامن الإيجابى حيث يتخير الدائنون أحدهم لتوكيله فى قبض الدين بدلاً من اشتراط التضامن الذى يعرضهم لخطر إعسار من يستوفى الدين منهم. فالوكالة لها ميزة على التضامن بالنسبة للدائنين، إذ تكون يد الوكيل على ما يستوفيه زيادة عن حقه، يد أمين، ويُسأل جنائياً عن تبديد ما يقبضه لحساب موكله.

## الفرع الثاني

## أحكام التضامن الإيجابي

يقوم التضامن بين الدائنين على نفس المبادئ الثلاثة التى يقوم عليها التضامن بين المدينين، والتى سنعرض لها بالتفصيل فى حينه، لذا نكتفى هنا بالإشارة إليها بإيجاز، وهى: وحدة الدين، وتعدد الروابط، والنيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر.

إلا أنه يحسن، فى هذا الصدد، للتعرف على الآثار التى تترتب على تضامن الدائنين، أن نميز بين: علاقة الدائنين بالمدين من جهة، وعلاقة الدائنين بعضهم ببعض من جهة أخرى.

---

(١) م ٢٨٠ مدنى.

## الفصل الأول

## علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين

تحكم هذه العلاقة المبادئ الثلاثة السابقة، ويتضح ذلك مما يلى:

**(أ) وحدة محل الدين :**

حيث يؤثر ذلك على الوفاء بالدين والمطالبة به على النحو التالى:

١- يجوز لكل من الدائنين المتضامنين أن يطالب المدين بكل الحق، وليس لهذا الأخير أن يعترض بأنه يفضل الوفاء لدائن آخر، بل يلتزم بالوفاء للدائن المُطالب.

٢- يجوز للمدين أن يفى بالدين لأى من الدائنين المتضامنين، وتبرأ ذمته، بذلك، قِبل جميع الدائنين. ويلتزم الدائن الموفى له بقبول الوفاء من المدين، وليس له أن يرفض قبول الوفاء بما يزيد عن نصيبه، ذلك أنه متضامن مع باقى الدائنين.

ومع ذلك يجوز للدائنين أو لأحدهم أن يعترض على هذا الوفاء. هنا يتعين على المدين إما الوفاء للدائنين مجتمعين أو إيداع الشئ محل الإلتزام لحسابهم. ويجوز فى حالة إعتراض أحد الدائنين على أن يتم الوفاء لغيره منهم، الوفاء لأى دائن متضامن بإستثناء حصة الدائن المعترض حيث تسلم إليه مباشرة. ولا يشترط لصحة الإعتراض اتخاذ إجراء رسمى معين، إلا أنه يجب أن يكون ثابتاً طبقاً للقواعد العامة فى الإثبات، وأن يتم فى الوقت المناسب وقبل أن يتم الوفاء بالفعل.

وإذا قام المدين بالوفاء لأحدهم بكل الدين رغم إعتراض الآخرون، فلا تبرأ ذمته قِبل باقى الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذى تم الوفاء له.

وإذا إتخذ أحد الدائنين قبل المدين إجراءات المطالبة، تعين عليه أن يقوم بالوفاء لمن باشر هذه الإجراءات وغيره من الدائنين الذين إنضموا إليه فيها دون غيرهم من سائر الدائنين. فلا يحتج بالوفاء الذى يقوم به المدين لدائن آخر، بعد المطالبة، إلا بقدر حصة هذا الدائن.

٣- لا يحول التضامن دون إنقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين إلا إذا كان الدين غير قابل للإنقسام، إذ أن وحدة الدين تظل مكفولة ما بقى الدائن المتضامن حياً، فإذا مات إنقسم الدين بين ورثته، ما لم يكن غير قابل للإنقسام. فلو فرض مثلاً أن ثلاثة من الدائنين تضامنوا فى إستيفاء دين مقداره ٦٠ جنيه، وتوفى أحدهم عن وارثين متكافأى الفرص، فلا يجوز لأيهما أن يطالب المدين إلا بنصف الدين أى بمبلغ ٣٠ جنيه. ويحق لأى من الدائنين الآخرين المطالبة بكل الدين، ويترتب على وفاء المدين له بكامل الدين براءة ذمته قبل الجميع[١].

**(ب) تعدد الروابط :**

تتعدد الروابط التى تربط كل واحد من الدائنين المتضامنين بالمدين ويترتب على ذلك ما يلى:

١- يجب مراعاة ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل من أثر الدين، إذ أنه «قد تلحق رابطة بعض الدائنين المتضامنين بالمدين وصف

---

(١) وتنص المادة ٢٨٠ مدنى على الأحكام السابقة بقولها «١- إذا كان التضامن بين الدائنين، جاز للمدين أن يوفى الدين لأى منهم، إلا إذا مانع أحدهم فى ذلك. ٢- ومع ذلك لا يحول التضامن دون إنقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين إلا إذا كان الدين غير قابل للإنقسام». وتضيف المادة ٢٨١ على أنه يجوز للدائنين المتضامنين، مجتمعين أو منفردين، مطالبة المدين بالوفاء.

يختلف عن الوصف الذى تتسم به رابطة البعض الآخر، كأن يكون الدين معلقاً على شرط بالنسبة لفريق منهم، ومضافاً إلى أجل بالنسبة للباقين. وفى هذه الحالة يتعين على كل منهم أن يعتد بالوصف اللاصق برابطته عند مطالبة المدين بالوفاء». فلا يحق للدائن أن يطالب بالدين عن سائر الدائنين إلا عند حلول الأجل أو تحقق الشرط الذى يقوم فى علاقته بالمدين، ولو كان الدين منجزاً بالنسبة للدائنين الآخرين.

٢- لا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج على هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين. ولكن يجوز له أن يحتج على الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً[١].

وعلى ذلك إذا شاب إحدى الروابط عيب لا يمس الروابط الأخرى، كالإكراه أو التدليس، فلا يجوز للمدين أن يتمسك بهذا العيب فى مواجهة أى من الدائنين الآخرين، ويجوز التمسك ببطلان الإلتزام فى مواجهة الدائن الذى يسرى الدفع فى مواجهته.

«ويجوز للمدين أن يحتج على الدائن الذى يطالبه بالوفاء بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن، كالدفع فى مواجهته بالمقاصة بين الدين الذى يطالب به وحق له فى ذمته، أو بالإبراء إذا كان هذا الدائن قد أبرأه من الدين. إنما لا يجوز للمدين أن يحتج على هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين، كالدفع بالإبراء الذى يصدر من دائن آخر، أو بالمقاصة التى تقع من دائن آخر إلا بقدر حصة هذا الدائن».

---

(١) م٢/٢٨١ مدنى. d. Bénabent. les obligations, n. 790

ويجوز للمدين أن يتمسك بالدفوع المشتركة بين الدائنين جميعاً، كما لو كان الدين باطلاً لعدم مشروعية المحل أو السبب، أو قابلاً للإبطال بسبب نقص أهلية المدين.

٣- إذا برئت ذمة المدين قِبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء، فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمة المدين قِبله[١].

مؤدى ذلك أنه إذا إنقضى إلتزام المدين بالنسبة لأحد الدائنين لسبب خاص به، دون أن يوفى المدين بالدين، فإن الدين لا ينقضى بالنسبة للدائنين الآخرين إلا بقدر حصة هذا الدائن. فإذا طالب دائن آخر المدين بالوفاء بكل الدين، كان لهذا الأخير أن يتمسك فى مواجهته بسبب الإنقضاء فى حدود حصة الدائن الذى إنقضى الإلتزام بالنسبة له، ويظل ملتزماً ببقية الدين.

ويبدو هذا فى حالات التجديد والإبراء وإتحاد الذمة والمقاصة حيث يمكن أن يتحقق ذلك بين المدين وأحد الدائنين المتضامنين، فلا يترتب عليه إلا إنقضاء الدين بالنسبة لهذا الدائن وحده، ويظل الدين قائماً بالنسبة لباقى الدائنين، فيجوز لأى منهم أن يطالب المدين به بعد إستنزال حصة الدائن الذى قام به سبب الإنقضاء.

ويمكن أن ينقضى إلتزام المدين قِبل أحد الدائنين، دون غيره من الدائنين الآخرين، بالتقادم، ويتحقق ذلك فى حالة ما إذا كان حق الدائن منجزاً وحق الآخرين معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل، وكذلك الحال إذا تحقق سبب لوقوف التقادم بالنسبة لدائن دون آخر، فى مثل هذه

---

(١) م٢٨٢ مدنى.

الحالات لا يجوز للمدين أن يتمسك بالتقادم إلا فى حدود حصة الدائن الذى تقادم حقه. بمعنى أن لكل دائن أن يرجع على المدين بعد إستنزال حصة ذلك الدائن.

**(جـ) النيابة التبادلية بين الدائنين المتضامنين فيما ينفع لا فيما يضر:**

يترتب على التضامن بين الدائنين أن يكون كل منهم، بحكم القانون، نائباً عن الآخرين، ولكن هذه النيابة قاصرة على ما هو نافع لهم، فلا تمتد إلى ما يسئ مركزهم أو ما يضرهم من هذه الأعمال[1].

ويترتب على ذلك ما يلى:

١- إذا قام أحد الدائنين بعمل مفيد إمتدت فائدته إلى الدائنين الآخرين. مثال ذلك أن يقوم أحد الدائنين بإعذار المدين، أو مطالبته بفوائد الدين، أو رفع الدعوى عليه ومطالبته عند التأخر فى الوفاء، أو يستصدر حكماً من القضاء ضد المدين، أو يقوم بعمل من الأعمال القاطعة للتقادم[2]، أو يبرم صلحاً مع المدين يتضمن الإعتراف بالدين، فكل هذه الأعمال ينصرف أثرها إلى جميع الدائنين ويستفيدون منها، لذا يجوز لأى منهم أن يتمسك بها.

٢- أما الأفعال الضارة فلا تسرى فى حق الدائنين الآخرين، سواء صدرت من أحد الدائنين أو من المدين ضد أحدهم، كما لو قام المدين

---

(١) وتنص المادة ٢/٢٨٢ على ذلك بقولها لا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتى عملاً من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين.

(٢) أما وقف التقادم بالنسبة لأحد الدائنين فلا يستفيد منه باقى الدائنين لأن أسباب الوقف شخصية بصاحبها كنقص الأهلية مثلاً.

بإعذار أحد الدائنين أو رفع الدعوى عليه أو الحصول على حكم ضده. وكذلك الحال إذا منح أحد الدائنين المدين أجلاً للوفاء بالإلتزام أو تصالح معه على تخفيض قيمة الدين أو أبرأه منه أو تنازل عن جزء منه. فكل هذه الأفعال الضارة وغيرها لا ينصرف أثرها إلى باقى الدائنين. وإذا ارتكب أحد الدائنين خطأ فى مواجهة المدين كان وحده مسؤولاً عن تعويض هذا الضرر. وإذا وجه أحد الدائنين اليمين الحاسمة إلى المدين فحلف بأن الدين غير موجود وقضى له ضد الدائن، فلا يضار بذلك باقى الدائنين، أما إن نكل عن حلف اليمين، فحكم لمصلحة الدائن، أفاد من ذلك الباقون.

## الغصن الثانى

### علاقة الدائنين المتضامنين بعضهم ببعض

١- إن كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعاً، يتقاسمونه بينهم كل بقدر نصيبه. فإذا إستوفى أحدهم جزءاً من الدين، فلا يجوز له أن يحتفظ به لنفسه، ولو كان هذا الجزء لا يزيد عن حصته، بل ينبغى عليه أن يعطى كل دائن نصيبه من الجزء الذى إستوفاه[1].

فإذا كان أحد الدائنين وحده صاحب المصلحة فى الدين، وهو وحده الدائن الحقيقى بكل الدين، وكان الآخرون مجرد وكلاء فى القبض، إلا إنهم إتخذوا مظهر الدائنين المتضامنين، فى هذه الحالة ينفرد هذا الدائن

(١) تنص المادة ٢٨٣ على أن « ١- كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين يُعتبر من حق الدائنين جميعاً ويتحاصون فيه. ٢- وتكون القسمة بينهم بالتساوى، إلا إذا وجد إتفاق أو نص يقضى بغير ذلك.

وحده بكل الدين إذا كان قد إستوفاه، ولا يرد منه شيئاً إلى الدائنين الصوريين لأن العبرة فى الصورية بالإتفاق الحقيقى القائم بينهم. وإذا قبض الدين أحد هؤلاء الدائنين، فإنه يلتزم برده كاملاً إلى الدائن الحقيقى.

٢- وتحدد حصة كل دائن فى الدين وفقاً للإتفاق المبرم بينهم. فإذا لم يوجد إتفاق صريح أو ضمنى بين الدائنين يعين نصيب كل منهم فى الدين تكون القسمة بينهم بالتساوى، فالقانون يفترض أن حصص الدائنين متساوية، ما لم يتبين وجود إتفاق مخالف.

٣- ويتم رجوع الدائنين المتضامنين فيما بينهم على أساس الدعوى الشخصية، وهى تؤسس على ما يكون بين هؤلاء الدائنين من علاقات سابقة، قد يكون مصدرها وكالة أو فضالة.

٤- «ويتحمل الدائنون كل بقدر نصيبه، تبعة إعسار الدائن الذى إستوفى الدين، وكذلك تبعة إعسار المدين. «فلو فرض أن أحد دائنين ثلاثة إستوفى كل الدين وكان مقداره ٣٠٠ جنيه، تعين إنقسام المبلغ بينهم بالتساوى، فيكون لكل من الدائنين الآخرين أن يرجع على الدائن الأول بمائة جنيه، لو فرض أن هذا الدائن أعسر إعساراً جزئياً لا يتاح معه إلا أداء نصف ديونه، تحمل الدائنان الآخران تبعة هذا الإعسار كل بقدر نصيبه، فلا يحصل كل منهما إلا على خمسين جنيهاً، ولا يتحمل المدين تبعة إعسار الدائن الذى إستوفى الدين (وهنا تظهر فائدة التضامن بين الدائنين بالنسبة له)، وكذلك يكون الحكم لو أن المدين نفسه هو الذى أعسر ولم يتيسر لمن طالبه من الدائنين المتضامنين إلا إستيفاء نصف الدين أى مبلغ ١٥٠ جنيهاً، فلا يكون لكل من الدائنين

الآخرين فى هذه الحالة أن يستوفى إلا خمسين جنيهاً، وعلى هذا النحو يتحمل الدائنون الثلاثة تبعة هذا الإعسار كل بنسبة النصف من نصيبه».

## المطلب الثانى

## التضامن السلبى

قبل التعرض لأحكام التضامن السلبى نعرض فى البداية لمفهومه ومصدره وأهميته.

### الفرع الأول

### مفهوم التضامن السلبي، مصدره، أهميته

**(أ) معنى التضامن بين المدينين:**

**يوجد تضامن سلبى إذا تعدد المدينون فى دين واحد، بحيث يكون كل منهم ملتزماً، فى مواجهة الدائن بكل هذا الدين، أى أن كل مدين يعتبر مسؤولاً عن الدين بكامله، ولو كان فى علاقته بشركائه (المدينين الآخرين) لا يسأل إلا عن جزء من الدين.**

**مؤدى ذلك أن الدائن يستطيع أن يطالب أى مدين منهم بكل الدين كما يكون لكل مدين أن يبرئ ذمته وذمم كل المدينين الآخرين، بالوفاء بكل الدين للدائن. فإذا تم الوفاء على هذا النحو كان من حق المدين الموفى أن يرجع على بقية المدينين معه كل بقدرنصيبه فى الدين.**

**(ب) الأهمية العملية لتضامن المدينين:**

**يحتل التضامن السلبى، فى الحياة العملية، أهمية متزايدة، لأنه**

يوفر للدائن تأميناً شخصياً قوياً يفوق الكفالة[1]، ويساعد المدين بالتالى، على الحصول على الإئتمان اللازم. فالتضامن بين المدينين يؤمن حق الدائن ضد خطر إعسار أحد المدينين، فإن كان أحدهم معسراً قسمت حصة المعسر على الباقين بحيث يتحملوا نتيجة هذا الإعسار فيما بينهم.

لذلك يحرص الدائن دائماً على إشتراط التضامن بين المدينين المتعددين، بل أنه قلما يوجد فى إلتزام أكثر من مدين إلا ويشترط الدائن التضامن بينهم. لهذا فإن ندرة التضامن الإيجابى يقابلها كثرة وقوع التضامن بين المدينين فى العمل. بل أن المشرع يقرر هذا النوع من التضامن فى كثير من الحالات التى يرى فيها حق الدائن جديراً بهذا الضمان.

**(جـ) التضامن بين المدينين لا يفترض :**

إن مجرد وجود أكثر من مدين فى الإلتزام الواحد لا يعنى التضامن بينهم، بل لابد من الإتفاق عليه أو من النص عليه فى القانون، ذلك أن التضامن لا يفترض[2].

---

(١) لأن المدين المتضامن يكون مسؤولاً عن الدين بصفة أصلية ويكون أمام الدائن مدينان، بدلاً من مدين واحد، كل منهما ملتزم نحوه بالدين جميعه، ويمكنه أن يرجع إبتداء على أيهما شاء مع تعادلهما فى مرتبة المديونية. أما إلتزام الكفيل فيكون تابعاً لإلتزام المدين، ينقضى بالضرورة بإنقضاء الدين المكفول، فى حين أن إلتزام المدين المتضامن يظل قائماً ولو سقط أو بطل إلتزام مدين آخر.

(٢) لا يفترض التضامن ولا يؤخذ فيه بالظن ولكن ينبغى أن يرد إلى نص فى القانون أو إلى إتفاق صريح أو ضمنى وعلى قاضى الموضوع إذا إستخلصه من عبارات العقد وظروفه أن يبين كيف أفادته هذه العبارات والظروف (نقض ١٩٦٨/١٢/٢٦ س١٩ ص١٥٦٥).

وليس معنى ذلك أنه يجب إشتراط التضامن بصريح العبارة، بل، من الممكن أن تنصرف إليه الإرادة ضمناً[1]، حيث يستخلص ذلك من الظروف والملابسات، ولكن ينبغى أن تكون دلالة الإقتضاء فى مثل هذه الحالة واضحة لا خفاء فيها. فإذا إكتنف الشك هذه الدلالة، وجب أن يؤول ذلك لنفى التضامن لا لإثباته[2]. ويقع على عاتق الدائن الذى يدعى وجود التضامن عبء إثبات شرط الإتفاق عليه صراحة أو ضمناً.

«والحكم الذى يقضى بتضامن المدينين، دون أن يبين مصدر هذا التضامن، وهل هو إتفاق أو نص فى القانون، وإذا كان اتفاقاً هل هو إتفاق صريح أو إتفاق ضمنى، وإذا كان إتفاقاً ضمنياً كيف استخلص

---

(١) وتقرر محكمة النقض بأنه «إذا إستخلصت محكمة الموضوع من إتفاق أربعة شركاء فى إجارة على أن يكون الإيجار من الباطن بمعرفتهم جميعاً وتحصيل الأجرة بواسطة فلان وكيل اثنين منهم هما اخوان وبإشراف الشريكين الآخرين، وأن ترسل المبالغ المحصلة للمؤجر الأصلى خصماً من الأجرة، وأن تحفظ جميع المستندات تحت يد واحد منهم (أحد الأخوين) وأن يكون لباقى الشركاء أن يأخذوا بياناً بما يهمهم على أن يقدم الحساب فى نهاية كل سنة، إذا هى إستخلصت من عبارات هذا الإتفاق على ضوء ما ذكرته من الإعتبارات والظروف القائمة فى الدعوى إن فلاناً المذكور لم يكن وكيلاً عن الشريكين الآخرين، وأن الأخوين يجب لذلك إعتبارهما مسؤولين قبلهما عن المبالغ التى حصلها هذا الوكيل ولو لم يكونا قد قبضاها منه فإنها إنما تكون قد فصلت فى مسألة موضوعية لا شأن لمحكمة النقض بها. ثم إذا هى استخلصت من عبارات الإتفاق ومن ظروف الدعوى أيضاً أن الأخوين إنما قصدا تضمين باقى الشركاء بأن يتحمل كل منهما المسؤولية المترتبة على ما يقع من هذا الوكيل، فإن هذا الاستخلاص يكون سائغاً والحكم عليهما بالتضامن يكون فى محله (نقض ١٩٤٢/١٠/٢٩ مجموعة عمر٣ ص٤٨٨).

(٢) التضامن بين المدينين لا يجوز إفتراضه ويجب ألا يكون محل شك فى العبارة التى تضمنته، فإذا لم يكن واضحاً بجلاء فسرت العبارة لمصلحة المدينين لأن الأصل هو عدم تضامنهم (نقض ١٩٦٨/١/٩ س١٩ ص٢٠).

قاضى الموضوع من عبارات التعاقد وظروف وجوده الذى لا شك فيه، يكون حكماً قاصراً يتعين نقضه».

والتضامن بين المدينين قد يكون مصدره القانون، كالتزام المسؤولين عن الفعل الضار بتعويض الضرر بالتضامن بينهم[1]، وتضامن المهندس المعمارى والمقاول فى مسؤوليتهما عن تهدم البناء، وتضامن الوكلاء إذا تعددوا، وتضامن الوكيل مع نائبه، وتضامن الفضوليين إذا تعددوا[2].

ويذهب إتجاه فى الفقه إلى أن التضامن لا يفترض، سواء فى ذلك المسائل المدنية أو المسائل التجارية، ويقع عبء إثبات وجوده، وفقاً للقاعدة العامة، على من يدعيه. إلا أن الإتجاه الغالب يذهب إلى أن الأصل هو إفتراض التضامن بين المدينين فى المسائل التجارية ما لم يستفاد العكس من العقد أو من القانون. ومع ذلك يحرص المشرع التجارى، فى بعض الحالات، على النص على تضامن المدينين، كنصه على مسؤولية الشركاء التضامنية فى شركات التضامن عن ديون الشركة، والنص على أن صاحب الكمبيالة ومن يقبلها والمحيلون المتناقلون لها يكونون جميعاً مسؤولين بالتضامن قبل حامل الكمبيالة[3].

(١) القانون لم يقرر التضامن فى الإلتزام بتعويض الضرر إذا تعدد المسؤولون عنه إلا عندما تكون مسؤوليتهم عن عمل غير مشروع (نقض ١٢/١١/١٩٦٤ س١٥ ص١٠٢٢)

الأصل فى المسؤولية التضامنية عن العمل الضار أن نقسم التعويض على المسؤولين فى إحداث الضرر إلى حصص متساوية بين الجميع أو بنسبة خطأ كل منهم (نقض ٣/٤/١٩٦٨ س١٩ ص٩١٧).

(٢) م١٦٩، ٦٥١، ٧٠٧، ٧٠٨، ١٩٢ مدنى.

(٣) م٢٢، ١٣٧ تجارى.

## (د) التفرقة بين الإلتزام التضامنى والمسؤولية المجتمعة:

الإلتزام التضامنى، سواء تعلق الأمر بتضامن الدائنين أو بتضامن المدينين، هو إلتزام موحد المحل وموحد المصدر، إلا أنه متعدد الروابط، فالدائن يرتبط بكل مدين، فى التضامن السلبى، برابطة مستقلة، وكذلك الحال بالنسبة للمدين حيث يرتبط بكل دائن، فى التضامن الإيجابى، برابطة مستقلة.

ولكن قد يتعدد المدينون فى نفس الدين مع إختلاف مصدر إلتزام كل منهم، أى إننا نكون أمام إلتزام محله واحد ومتعدد الروابط حيث يرتبط فيه كل مدين بالدائن برابطة مستقلة، إلا أن مصدر إلتزام كل مدين يختلف عن الآخر، وهذا ما يسمى بالمسؤولية المجتمعة أو «المسؤولية التضاممية» كما يسميها البعض تمييزاً لها عن المسؤولية التضامنية.

ومثال ذلك نص المشرع على أنه إذا كان الكفلاء قد إلتزموا بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولاً عن الدين كله، إلا إذا كان قد إحتفظ لنفسه بحق التقسيم. هنا يتعدد الكفلاء لكفالة نفس الدين (فالمحل واحد)، إلا أن كل منهم قد إلتزم أمام الدائن بعقد مستقل (تعدد مصدر الإلتزام)، ويرتبط كل كفيل بالدائن برابطة مستقلة (تعدد الروابط)، ويلتزم الكفلاء بدفع الدين إلتزاماً جماعياً أو تضاممياً وليس إلتزاماً تضامنياً.

ومثالها أيضاً «حالة ما إذا إجتمعت مسؤولية المدين عن الإخلال بإلتزامه التعاقدى بمسؤولية شخص من الغير ارتكب خطأ تقصيرياً ساهم فى إحداث الضرر بالدائن. كما لو أخل عامل بتعهده مع صاحب

المصنع فخرج قبل إنقضاء المدة ليعمل فى مصنع آخر منافس بتحريض من صاحبه، فيكون كل منهما مسؤولاً عن تعويض الضرر الذى أصاب صاحب المصنع الأول تعويضاً كاملاً، فالعامل مسؤول عن تعويض كامل على أساس الخطأ العقدى، وصاحب المصنع المنافس مسؤول عن تعويض كامل على أساس الخطأ التقصيرى، فتكون هناك مسؤولية مجتمعة عن دين واحد».

ويترتب على وحدة الدين فى المسؤولية المجتمعة أن كل من المدينين يعتبر مديناً بكل الدين، ويستطيع الدائن أن يطالب أى مدين منهم بكامل الدين، وإذا تم الوفاء به برئت ذمة الآخرين، ولكن المدين الموفى لا يمكنه الرجوع على الآخرين، كما هو فى التضامن السلبى، إلا بمقتضى ما يكون بينهم من علاقة[1].

ويترتب على إنعدام التضامن فى المسؤولية المجتمعة لإختلاف مصدر دين كل مدين، إستبعاد أحكامه وعلى الأخص ما تعلق منها

---

(١) مقتضى التضامن نتيجة تعدد مصدر الدين مع بقاء محله واحداً أنه يجوز للدائن أن يطالب أى مدين بكل الدين ولا يجوز للمدين الذى دفع الدين أن يرجع على مدين آخر بذات الدين لإنعدام الرابطة بينهما ولأنه إنما دفع عن نفسه (نقض ١٩٦٧/١١/٢١ س١٨ ص١٧١٧).

متى كان الحكم قد إعتبر الطاعنة بمقتضى الإقرار الموقع منها والذى تعهدت فيه بسداد جميع دين البنك قبل زوجها مدينة منضمة إلى زوجها المدين الأصلى ورتب على ذلك جواز مطالبة البنك للدائن لأى منهما بكل الدين، فإن هذا الذى قرره الحكم لا خطأ فيه إذ ليس فى القانون ما يمنع من مسؤولية مدينين متعددين عن دين واحد فيكون هؤلاء المدينين متضامنين فى هذا الدين دون أن يكون هناك تضامن بينهم ويكون كل منهما مسؤولاً عن كل الدين ويستطيع الدائن التنفيذ به كله قبل أيهما (نقض ١٩٦٨/٣/٢١ س١٩ ص٥٦٩).

بفكرة النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر، ذلك أنه لا توجد مصلحة مشتركة بين المدينين المتضامنين.

## الفرع الثاني

## أحكام التضامن السلبي

والمبادئ التى تحكم آثار التضامن السلبى هى نفس المبادئ التى تحكم آثار التضامن الإيجابى، ألا وهى وحدة الدين، وتعدد الروابط أو النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر. ونعرض فيما يلى الأحكام التى تترتب على كل من هذه المبادئ، فى علاقة المدينين بالدائن، ثم فى علاقة المدينين فيما بينهم.

### الغصن الأول

### علاقة المدينين المتضامنين بالدائن

تخضع هذه العلاقة للمبادئ الثلاثة السابقة وهي: وحدة الدين، وتعدد الروابط، والنيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر.

#### الورقة الأولى

#### وحدة الدين

يلتزم المدينون المتضامنون بنفس الدين فى مواجهة الدائن، ويترتب على ذلك النتائج الآتية:

**أولاً : المطالبة بالدين :**

١- يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بكل الدين مجتمعين أو منفردين، ذلك أن كل مدين منهم ملتزم، فى مواجهة الدائن، بكل الدين. فللدائن أن يختار، كما يشاء، أى مدين للرجوع عليه بالدين، وهو يختار بطبيعة الحال أقدرهم على الوفاء.

٢- وإذا طالب الدائن أحد المدينين ولم يستوف منه حقه كاملاً بسبب إعساره، كان له أن يرجع بباقي الدين على أي من المدينين الآخرين، دون أن يستطيع أحدهم أن يدفع في مواجهته بتقسيم الدين، أو يلزمه بمطالبة مدين آخر. ولكن يجوز للمدين، إن كانت المطالبة في صورة دعوى، أن يُدخل بقية المدينين في هذه الدعوى حتى يُحكم له بحقه في الرجوع عليهم كل بقدر حصته في الدين، في ذات الوقت الذي يُحكم عليه بكل الدين. وليس له أن يطلب صدور الحكم للدائن على المدينين كل بقدر حصته. ويجوز لبقية المدينين أن يتدخلوا في الدعوى من تلقاء أنفسهم إذا كان في تدخلهم مصلحة لهم، بل ويجوز للمحكمة أن تدخلهم في الدعوى من تلقاء نفسها.

٣- ويؤدي تطبيق مبدأ «لا تركة إلا بعد سداد الديون» إلى بقاء الدين في تركة المدين المتضامن حتى ينقضي، بحيث يجوز للدائن أن يستوفي حقه بالكامل من التركة، لأن التركة تبقى من بعد وفاة المدين مشغولة بالدين شأنها في ذلك شأن المدين لو بقي حياً[1].

## ثانياً: الوفاء بالدين:

١- يجوز لأي مدين منهم أن يقوم بالوفاء بكل الدين للدائن، الذي يلتزم بقبول هذا الوفاء، وتبرأ بذلك ذمة جميع المدينين منه. وإذا إستوفي الدائن جزءاً من الدين من أحد المدينين، فلا يجوز له أن يطالب الباقين إلا بما تبقى من الدين. فليس للدائن أن يستوفي أكثر من

(١) للدائن أن يرجع على المدين المتضامن بالدين جميعه باعتبار أن ذمة المدين قد انشغلت بكل الدين ولا يستطيع أن يجزئ الوفاء وتبقى تركته من بعد وفاته مشغولة بهذا الدين شأنها في ذلك شأن المدين لو بقي حياً (نقض ١٩٧٣/٢/٢١ س٢٤ ص٣٠٧).

حقه[1].

٢- ويترتب نفس الأثر إذا إنقضى حق الدائن بما يعادل الوفاء من أحد المدينين، فلو كان أحدهم دائناً فى نفس الوقت للدائن وتمسك فى مواجهته بالمقاصة متى توافرت شروطها، فإن الدين ينقضى ليس فقط بالنسبة إليه، بل وبالنسبة لباقى المدينين.

٣- كذلك الشأن فيما يتعلق بإنقضاء الإلتزام بالتجديد، فإذا إتفق الدائن مع أحد المدينين المتضامنين على تجديد الدين، سواء بتغيير محله أو بأن يكون هو المدين وحده بدلاً من المدينين الآخرين، برئت ذمة المدينين المتضامنين من دينهم الذى إنقضى، ولا ينتقل التضامن إلى الدين الجديد الذى يتحمله هذا المدين وحده، على أن يكون له الرجوع بعد ذلك عليهم بقدر حصة كل منهم فى الدين. إلا أن كل ذلك مشروط بألا يكون الدائن قد إحتفظ، فى الإتفاق على التجديد، بحقه قبل المدينين الآخرين. وهؤلاء إما أن يرتضوا الإرتباط بالإلتزام الجديد وإما أن يرفضوا فيظل الإلتزام القديم قائماً لا تبرأ ذمتهم منه، فلا يمتد أثر التجديد عندئذ إلا بالنسبة للمدين الذى تم الإتفاق معه على التجديد، حيث ينقضى الدين بالنسبة له، ويبقى بالنسبة للآخرين بعد إستنزال حصة ذلك المدين[2].

يخلص مما سبق أنه يحق لكل من المدينين المتضامنين أن يتمسك

---

(١) وتنص المادة ٢٨٤ مدنى على ذلك بقولها «إذا كان التضامن بين المدينين، فإن وفاء أحدهم بالدين مبرئ لذمة الباقين».

(٢) وتقرر المادة ٢٨٦ مدنى ذلك بقولها: يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقى المدينين، إلا إذا إحتفظ الدائن بحقه قبلهم.

بأسباب الإنقضاء التى تؤدى إلى سقوط كل الدين مثل الوفاء، والوفاء بمقابل، والمقاصة، والتجديد، وإستحالة التنفيذ لسبب أجنبى.

**ثالثاً: التمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين نفسه :**

فنظراً لأن الدين واحد بالنسبة إلى جميع المدينين، فإن هناك دفوعاً مشتركة بينهم جميعاً. وهى تلك التى تتعلق بالدين نفسه، يستطيع من يطالبه الدائن منهم أن يتمسك بها فى مواجهته[1]، وهى:

١- **أسباب بطلان الدين،** يستوى فى هذا البطلان المطلق لتخلف الشكل اللازم قانوناً للعقد أو لعدم المشروعية أو لتخلف الشروط القانونية فى المحل، والبطلان النسبى الناجم عن تعيب إرادة المدينين جميعاً بغلط أو إكراه أو تدليس.

٢- **الأوصاف التى تلحق الدين** بالنسبة لجميع الدائنين، كما لو كان الدين معلقاً على شرط واقف أو مضافاً إلى أجل واقف لمصلحة سائر المدينين، هنا يجوز لكل مدين أن يدفع مطالبة الدائن بعدم تحقق الشرط أو بعدم حلول الأجل.

## الورقة الثانية

## تعدد الروابط

تربط الدائن بكل من المدينين المتضامنين رابطة مستقلة عن روابط الآخرين، ويترتب على ذلك أن المدين يستطيع الإحتجاج على الدائن بأوجه الدفع الخاصة برابطته[2]، دون تلك التى تكون خاصة

---

(١) م٢٨٥ مدنى. السنهورى ص. ٣٠

(٢) تفسير القواعد الخاصة بالتضامن السلبى والإيجابى منوط بفكرتين هما وحدة الدين. =

بغيره من المدينين، أى أنه يجوز لكل مدين متضامن أن يتمسك بأوجه الدفاع الشخصية الخاصة به دون غيره. وتدور تلك الأوجه إما حول صحة الرابطة أو أوصافها أو إنقضاءها.

## أولاً: أسباب البطلان الخاصة :

يمكن أن تكون رابطة أحد المدينين المتضامنين بالدائن معيبة بعيب لا يتوافر بالنسبة إلى غيره من المدينين، كما لو كان هذا المدين قاصراً أو شاب رضاه عيب كغلط أو تدليس أو إكراه هنا يحق له أن يتمسك بهذا العيب توصلاً إلى إبطال رابطته بالدائن. ولا يجوز لغيره من المدينين إذا طالبه الدائن بالدين، أن يتمسك بالعيب الخاص بالمدين

---

= وتعدده. ومن مقتضى الفكرة الأولى من التضامن السلبى أن يكون كل من المدينين المتضامنين ملتزماً فى مواجهة الدائن بالدين كاملاً غير منقسم. وللدائن أن يوجه مطالبته إلى من يختاره منهم على إنفراد أو إليهم مجتمعين وإذا وجهها إلى أحدهم ولم يفلح فى إستيفاء الدين منه كله أو بعضه فله أن يعود لمطالبة المدينين الآخرين وأى واحد منهم يختاره بما بقى من الدين، كما أن له إذا ما طالبهم مجتمعين أمام القضاء أن يتنازل عن بعضهم ويحصر مطالبته بجملة الدين فى أحدهم أو فى بعضهم دون أن يسوغ لهؤلاء أن يطالبوه بإستنزال حصة من حصل التنازل عن مطالبتهم منهم. ومن مقتضى الفكرة الثانية أن كل مدين تربطه بالدائن رابطة مستقلة ومتميزة عن الروابط التى تربط المدينين الآخرين بهذا الدائن. فإذا شابت رابطة أحد المدينين المتضامنين بالدائن عيوب خاصة به مع بقاء الروابط الأخرى التى تربط هذا الدائن بالمدينين الآخرين سليمة فإن عيوب رابطة منها لا تتعداها إلى رابطة أخرى وإذا زال الإلتزام بالنسبة للمدين الذى إعترى رابطته الفساد فإن زوال هذا الإلتزام لا يمس إلتزام المدينين الآخرين فيظل كل واحد منهم ملتزماً قبل الدائن بالدين بأسره ويكون للمدين الذى تعيبت رابطته وحده الحق فى التمسك بالعيب الذى شاب رابطته ولا يكون له أن يطالب بإستنزال حصة المدين الذى تعيبت رابطته، فهذه الحصة لا تستنزل مادام العيب قاصراً على رابطة دون غيرها، وكل هذا تطبيق لما نصت عليه المادة ٢٨٥ من القانون المدنى (نقض ١٦/٣/١٩٦١ س١٢ ص٢٣٤).

الأول، إذ يظل الدين صحيحاً وقائماً بالنسبة للمدينين الآخرين.

## ثانياً: الأوصاف الخاصة :

يمكن أن تتصف علاقة أحد المدينين بالدائن بوصف معين يعدل فى أثرها، ويؤثر على حقوق الدائن قبله. فى هذه الحالة لا يجوز لغير هذا المدين أن يتمسك بهذا الوصف. فقد يكون الإلتزام مؤجلاً أو معلقاً على شرط بالنسبة لأحد المدينين، فى حين يكون إلتزام الآخرين حالاً ومنجزاً، فإذا طالب الدائن هذا المدين كان له أن يتمسك فى مواجهته بالأجل المضاف إليه إلتزامه أو بالشرط الذى علق عليه، ولا يجوز ذلك للمدينين الآخرين، بل يتعين على من يطالبه الدائن بالوفاء منهم أن يوفى بكل الدين فى الحال[1].

## ثالثاً: أسباب الإنقضاء الخاصة :

رأينا أنه إذا قام أحد المدينين بقضاء الدين بالوفاء أو ما يقوم مقامه، فإن الدين ينقضى فى جملته بالنسبة للمدينين جميعاً. أما إذا إنقضى الدين بالنسبة لأحد المدينين، بسبب غير الوفاء، فإن ذمة الآخرين لا تبرأ إلا بقدر حصة المدين الذى برئت ذمته. ويجوز للدائن أن يرجع على المدينين الآخرين لأنهم يظلون ملتزمين قبله بباقى الدين، ذلك أن إنقضاء رابطة الدائن بأحد المدينين، لسبب غير الوفاء لا يؤثر على روابط بقية المدينين إلا بقدر حصة المدين الذى إنقضت رابطته.

---

(١) وتنص المادة ٢٨٥ مدنى على ذلك بقولها «١- يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين. ٢- ولا يجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً».

وقد طبق المشرع هذه القاعدة على أسباب إنقضاء الدين غير الوفاء وهى: التجديد والمقاصة وإتحاد الذمة والإبراء والتقادم، ونعرض لهذه التطبيقات فيما يلى:

**١- التجديد:** يتم تجديد الإلتزام بتغيير شخص الدائن أو المدين أو المحل، ويترتب عليه إنقضاء الإلتزام الأصلى ونشأة إلتزام جديد يختلف عنه. وينقضى الإلتزام القديم بضماناته وتأميناته، ومن ثم لا ينتقل التضامن إلى الإلتزام الجديد، حيث يترتب على التجديد براءة ذمة المدينين من الإلتزام التضامنى، ولا يلتزم بالإلتزام الجديد إلا المدين الذى إتفق مع الدائن على التجديد.

وإذا أراد الدائن إنتقال التضامن إلى الإلتزام الجديد كان عليه أن يتفق مع بقية المدينين على أن يلتزموا متضامنين بهذا الدين. أما إذا إقتصر الدائن على تجديد الدين مع أحد المدينين، فإن ذلك يؤدى إلى إبراء ذمة المدينين المتضامنين، إلا إذا إحتفظ الدائن بحقه قبلهم. أى أن الدائن يعرب عن نيته بأنه قصد من التجديد ابراء ذمة المدين الذى أجراه معه دون باقى المدينين، فى هذه الحالة ينقضى الإلتزام القديم بالنسبة لهذا المدين وحده ويظل قائماً فى ذمة باقى المدينين. ويستطيع الدائن الرجوع عليهم بباقى الدين بعد إستنزال حصة المدين الذى جدد الدين معه[1].

**٢- المقاصة:** إذا وقعت المقاصة القانونية بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين، فإن الدين ينقضى جميعه بالنسبة له وبالنسبة لباقى

---

(١) وتنص المادة ٢٨٦ مدنى على ذلك بقولها «يترتب تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقى المدينين، إلا إذا إحتفظ الدائن بحقه قبلهم».

المدينين، ولا يستطيع الدائن الرجوع على هذا المدين لأنه سيدفع هذا الرجوع بإنقضاء الدين مقاصة. وإذا رجع الدائن على مدين متضامن آخر، فليس لهذا الأخير أن يتمسك بالمقاصة إلا فى حدود حصة المدين الذى وقعت المقاصة معه[1].

فإذا إلتزم أحمد وسامى على وجه التضامن بمبلغ ٢٠٠٠ جنيه بالتساوى بينهما، ثم صار أحمد دائناً للدائن بمبلغ مماثل وتوافرت شروط المقاصة بين الدينين، فتقع المقاصة بينهما، إذا طالبه الدائن بالدين، وينقضى بذلك الدين بالنسبة للمدينين معاً. ويرجع أحمد على سامى بنصيبه فى الدين وقدره ١٠٠٠ جنيه، لأنه قد وفى الدين بطريق المقاصة. أما إذا طالب الدائن سامى بالدين، فإن هذا الأخير لا يستطيع أن يتمسك بالمقاصة التى وقعت مع أحمد إلا بقدر حصة هذا الأخير، أى فى حدود ١٠٠٠ جنيه، ويجب عليه أن يدفع للدائن ١٠٠٠ جنيه. ونتيجة لذلك لا تكون المقاصة قد وقعت إلا فى ١٠٠٠ جنيه هى حصة أحمد من الدين، فيرجع على الدائن بمبلغ ١٠٠٠ جنيه.

**٣- إتحاد الذمة:** ويمكن تصور إتحاد الذمة بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين فى حالتين[2]:

**الأولى:** أن يموت الدائن فيرثه أحد المدينين، وليكن هو الوارث الوحيد، هنا ينتقل حق الدائن بالميراث إلى هذا المدين، وينقضى دينه

---

(١) تنص المادة ٢٨٧ مدنى على أنه «لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التى تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر، إلا بقدر حصة هذا المدين».

(٢) تنص المادة ٢٨٨ مدنى على أنه «إذا إتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين فإن الدين لا ينقضى بالنسبة إلى باقى المدينين، إلا بقدر حصة المدين الذى إتحدت ذمته مع الدائن».

بإتحاد الذمة. ويكون المدين بالخيار بعد ذلك بين أن يرجع على المدينين الآخرين كل بقدر حصته، أو أن يرجع على أى منهم بكل الدين بعد أن يستنزل حصته منه. ويكون لمن وفاه منهم أن يرجع على الآخرين كل بقدر حصته. وهو فى الخيار الأول يأخذ صفة المدين الذى وفى الدين عن طريق إتحاد الذمة. وفى الخيار الثانى يأخذ صفة الدائن، مكان مورثه ويمارس حقه.

**الثانية:** أن يتوفى أحد المدينين المتضامنين فيرثه الدائن، فى هذه الحالة ينقضى الدين بقدر حصة هذا المدين نتيجة إتحاد الذمة فى شخص الدائن، ويكون لهذا الأخير حق الرجوع على كل من المدينين الآخرين بجملة الدين بعد إستنزال حصة هذا المدين.

ولكن الشريعة الإسلامية تمنع إنتقال الدين إلى الوارث، إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون، لهذا يظل للدائن بعد موت مورثه المدين حق الرجوع بالدين كاملاً على التركة وعلى كل من المدينين الآخرين، على أن يكون لمن يفى له منهم الرجوع على الآخرين كل بقدر حصته فى الدين (بما فى ذلك تركة المدين المتوفى). وإذا كانت التركة معسرة، ولم يستوف الدائن الوارث إلا بعض حصة المدين المتوفى فى الدين. كان له الرجوع بما تبقى من هذه الحصة على المدينين الآخرين.

**٤- الإبــراء**[١]: يجب التفرقة بين فرضين: الإبراء من الدين،

(١) تنص المادة ٢٨٩ مدنى على أنه «١- إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين فلا تبرأ ذمة الباقين إلا إذا صرح الدائن بذلك. ٢- فإذا لم يصدر منه هذا التصريح، لم يكن له أن يطالب باقى المدينين المتضامنين إلا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذى أبرأه، إلا أن يكون قد إحتفظ بحقه فى الرجوع عليهم بكل الدين. وفى هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على المدين الذى صدر الإبراء لصالحه بحصته فى الدين». =

الإبراء من التضامن.

**الأول:** إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين ذاته، استتبع ذلك براءة ذمته من الدين، أما الباقون فلا تبرأ ذمتهم إلا بقدر حصة المدين الذى صدر الإبراء لصالحه، أى أنه يجوز للدائن أن يرجع على كل الباقين بكل الدين بعد إستنزال حصة من تم إبراءه. ولا يكون لمن يقوم بالوفاء من المدينين بجملة الدين بعد إستنزال حصة المدين الذى أبرأه الدائن أن يرجع بشئ على هذا المدين.

ويمكن أن يصرح الدائن بأنه يقصد إبراء سائر المدينين، فى هذه الحالة ينقضى الدين التضامنى بالإبراء بالنسبة إليهم جميعاً، ولا يجوز للدائن، بعد ذلك أن يطالب أحداً منهم.

ويجوز للدائن أن يحتفظ لنفسه بحق الرجوع على كل من المدينين المتضامنين الآخرين بكل الدين، ويكون لمن يقوم بالوفاء منهم حق الرجوع على المدين الذى صدر الإبراء لصالحه بحصته فى الدين. فى هذه الحالة نكون بصدد إبراء من المطالبة وليس من الدين. أى أن الدائن يبرئ المدين من المطالبة بالدين، ولكن المدين يظل ملتزماً بدفع حصته لمن يقوم من شركائه بالوفاء بالدين كاملاً.

---

= وتنص المادة ٢٩٠ مدنى على أنه «إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن بقى حقه فى الرجوع على الباقين بكل الدين، ما لم يتفق على غير ذلك».

وتضيف المادة ٢٩١ مدنى بأنه «١- فى جميع الأحوال التى يبرئ فيها الدائن أحد المدينين المتضامنين سواء أكان الإبراء من الدين أم من التضامن، يكون لباقى المدينين أن يرجعوا عند الإقتضاء على هذا المدين بنصيبه فى حصة المعسر منهم وفقاً للمادة ٢٩٨. ٢-على أنه إذا أخلى الدائن المدين الذى أبرأه من كل مسؤولية عن الدين، فإن هذا الدائن هو الذى يتحمل نصيب هذا المدين فى حصة المعسر.

**الثانى:** أن يقتصر الإبراء على التضامن فقط، فإذا ابرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن، امتنع عليه الرجوع على هذا المدين إلا بقدر حصته فى الدين. ويكون للدائن أن يرجع على أى من الآخرين بكل الدين، ويكون لمن وفاه منهم الرجوع على كل من المدينين الآخرين، بما فى ذلك المدين الذى أبرأه الدائن من التضامن، بحصته فى الدين(١).

وقد يبرئ الدائن سائر المدينين من التضامن، فى هذه الحالة يظل الدين قائماً، إلا أنه ينقسم عليهم، ولا يكون للدائن أن يرجع على كل منهم إلا بقدر حصته فى الدين فقط.

وأخيراً فإن الإبراء، سواء تعلق بالدين أم بالتضامن، لا يؤدى إلى إعفاء المدين المبرئ من تحمل نصيبه فى حصة من يعسر من باقى المدينين، فلهؤلاء الرجوع على هذا المدين، رغم إبرائه، بنصيبه فى حصة المعسر منهم، إلا إذا كان الدائن قد قصد إخلاء المدين الذى أبرأه من كل مسؤولية عن الدين، فى هذه الحالة يتحمل هذا الدائن نصيب هذا المدين حصة المدين المعسر(٢).

---

(١) وتقرر محكمة النقض بأنه إذا إختلف أحد المدينين المتضامنين مع الدائن فى مدى الإبرأء الصادر منه وفيما إذا كان يتناول الدين برمته فيستفيد منه كلا المدينين أو هو مقصور على المدين الآخر، وعرضت المحكمة لهذا النزاع وكانت على بينة من كل ما يستند إليه المدين، ثم خلصت من بحثها وموازنتها بين حجج الطرفين إلى أن هذا الإبراء خاص بأحد المدينين دون الآخر، وكان ما ذهبت إليه من ذلك سائغاً فى تفسير الإقرار، وعقد شطب الإختصاص الصادرين من الدائن ولا يتجافى مع ما هو وارد فيهما، فلا معقب عليها فى ذلك (نقض ١٩٤٣/٦/١٠ مجموعة عمر ص١٩٥).

(٢) وتبين المذكرة الإيضاحية ذلك بقولها «ويُستخلص مما تقدم أن ثمة قرينتين: (الأولى) قرينة إنصراف إرادة الدائن إلى عدم إبراء سائر المدينين، ما لم يعلن خلاف ذلك، =

**٥- التقادم:** يمكن أن ينقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد أو بعض المدينين المتضامنين دون الباقين، فقد تكتمل مدة التقادم المسقط بالنسبة لأحدهم دون الآخرين. ويتحقق ذلك فى حالة ما إذا قطع الدائن التقادم بالنسبة إلى بعضهم دون البعض الآخر مما يؤدى إلى وقفه بالنسبة للأول، وسريانه وإكتمال مدته بالنسبة للآخرين. ومن ذلك أيضاً أن يكون الدين بالنسبة إلى أحدهم منجزاً وبالنسبة للباقين مضافاً إلى أجل أو معلقاً على شرط، فيسرى التقادم بالنسبة للأول منذ العقد، ولا يسرى بالنسبة للباقين إلا من اليوم الذى يصبح فيه الإلتزام منجزاً أى

---

= (والثانية) قرينة إنصراف إرادة الدائن إلى إبراء ذمتهم من حصة المدين الذى صدر الإبراء لصالحه، ما لم يحتفظ لنفسه بحق الرجوع بجملة الدين. أما إذا إقتصر الدائن على إبراء أحد المدينين المتضامنين من التضامن، فلا ينهض هذا الإبراء قرينة على أن نيته قد إنصرفت إلى إبراء ذمة الباقين من حصة من ابرئ فلو فرض مثلاً أن مدينين أربعة إلتزموا على وجه التضامن بالوفاء بدين قدره ١٢٠٠ جنيه، وأن دائنهم أبرأ أحدهم من الدين أو من التضامن، فلهذا الدائن أن يرجع على كل من الثلاثة الباقين بمبلغ ٩٠٠ جنيه، أو بمبلغ ١٢٠٠ جنيه على حسب الأحوال. فإذا إقتصر أحد هؤلاء الثلاثة على الوفاء بمبلغ ٩٠٠ جنيه، فليس له الرجوع بشئ على من أُبرئ، أما إذا أدى مبلغ ١٢٠٠ جنيه، فله أن يرجع عليه بمبلغ ٣٠٠ جنيه. وله أن يرجع، فى كلتا الحالتين، على كل من المدينين الآخرين بمبلغ ٣٠٠ جنيه ولو فرض أن أحد هذين المدينين معسر لا مال له، فلا يكون لمن قام بالوفاء إلا أن يرجع على المدين الموسر، وفى هذه الحالة يتحمل من أُبرئ من المدينين، سواء ألزم بأداء مبلغ ٣٠٠ جنيه أم برئت ذمته براءة تامة، نصيبه فى تبعة هذا الإعسار، فيؤدى فضلاً عن حصته فى الدين (مبلغ ٣٠٠ جنيه) مبلغ ١٠٠ جنيه عند الإقتضاء وهو نصيبه فى حصة المعسر أى أن هذا الحكم لا يعدو أن يكون مجرد تفسير لنية المتعاقدين فهو يقوم على قرينة يجوز نقض دلالتها بإثبات العكس. فإذا أثبت من أُبرئ من المدينين أن إرادة الدائن قد انصرفت إلى إبرائه من كل مسئوليته عن الدين، تحمل الدائن نصيب هذا المدين فى تبعة إعسار من يعسر من المدينين المتضامنين وهو مبلغ ١٠٠ جنيه فى الفرض الذى تقدمت الإشارة إليه.
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٧٨-ص٨٠)

بعد حلول الأجل، أو تحقق الشرط[١].

فإذا إنقضى الدين بالتقادم بالنسبة لأحد المدينين، برأت ذمته نهائياً من الدين، ولا يستطيع الدائن أن يطالبه به. ولكن يجوز للدائن أن يطالب أي مدين آخر بالدين بعد إستنزال حصة المدين الذى إنقضى دينه بالتقادم، أى أنه يرجع على المدينين الآخرين بما تبقى من الدين لأنهم يظلون ملتزمين به[٢].

وينبغى ملاحظة أنه إذا قام أحد المدينين بالوفاء بالدين، فإنه يرجع بما وفى على الدائنين الذين لم ينقض إلتزامهم بالتقادم، ولا يستطيع الرجوع على المدين الذى إنقضى دينه بالتقادم، إلا أن هذا الأخير يتحمل نصيبه فى حصة المدين المعسر منهم، أى أنه إذا وجد مديناً معسراً ولم يحصل منه الموفى على شئ، فإن حصة المعسر يتحملها سائر الدائنون.

---

(١) تنص المادة ٢٩٢ مدنى على أنه «١- إذا إنقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين إلا بقدر حصة هذا الدين. ٢- وإذا إنقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين».

(٢) مفاد نص المادة ١/٣٠٧ من القانون المدنى أن إبداء الدفع بالتقادم المسقط قاصر على من له مصلحة فيه، ولا ينتج هذا الدفع أثره إلا فى حق من تمسك به. وأنه وإن جاز للمدين المتضامن طبقاً للمادة ٢٩٢ من القانون المدنى أن يدفع بتقادم الدين بالنسبة إلى مدين متضامن آخر بقدر حصة هذا المدين إلا أنه إذا أبدى أحد المدينين هذا الدفع فإن أثره لا يتعدى إلى غيره من المدينين المتضامنين الذين لم يتمسكوا به (نقض ١٢/ ١٩٦٨/٤ س١٩ ص٦٨٩).

## الورقة الثالثة

## النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر

تقوم بين المدينين المتضامنين، فى علاقتهم بالدائن، نيابة قانونية لكل منهم عن الآخر، أى هى نيابة تبادلية بين المدينين إزاء الدائن، ولكن هذه النيابة مقصورة على ما ينفع لا فيما يضر. فأى عمل أو إجراء يقوم به المدين المتضامن لا ينصرف أثره إلى الأخرين إلا إذا كان من شأنه تحسين مركزهم أو تحقيق فائدة لهم، أما الأمور التى من شأنها الإساءة إلى مركزهم فتقتصر على المدين الذى أجراها ولا يمتد أثرها إلى المدينين الآخرين(١).

وقد طبق القانون المدنى هذا المبدأ فى صور مختلفة نستعرضها فيما يلى:

**١- قطع التقادم أو وقفه:** إذا إنقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين، فإن ذلك لا يؤدى إلى قطع التقادم أو وقفه بالنسبة إلى الباقين، أى أنه لا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين.

فإذا إتخذ الدائن إجراءاً قاطعاً للتقادم فى مواجهة أحد المدينين، فإن التقادم لا ينقطع فى هذه الحالة إلا بالنسبة لهذا المدين، ويستمر التقادم سارياً بالنسبة للآخرين، وعلى الدائن، إذا أراد قطع التقادم معهم جميعاً، أن يتخذ نفس الإجراء بالنسبة إلى كل منهم. ومن أمثلة

---

(١) النيابة التبادلية التى إفترضها القانون بين المدينين المتضامنين تقوم فى أحوالها الواردة بالتقنين المدنى على أن كل مدين يمثل سائر المدينين المتضامنين فيما ينفعهم لا فيما يضرهم (نقض ١٩٦٦/١١/٢٢ س١٧ ص١٧٠٥).

الإجراءات القاطعة للتقادم إقرار المدين بحق الدائن، المطالبة القضائية، توقيع الحجز على المدين.

وإذا وقف التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين لقيام مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالبه بالدين، كما لو كان المدين زوجاً للدائن أو خاضعاً لوصايته، فإن التقادم لا يقف بالنسبة لغيره من المدينين، لأن وقف التقادم ضاراً بهم، هذا فضلاً عن أن أسباب الوقف شخصية وتقتصر على من قام بشخصه سبب الوقف.

ويجب أن يتمسك المدين بسقوط الدين بالتقادم، ولا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها. فإذا لم يدفع المدين الذى توافرت شروط التقادم بالنسبة له، بالتقادم، فلا ينقضى الإلتزام بالنسبة له، إلا أن ذلك لا يضر بباقى المدينين الآخرين، الذين يحق لهم التمسك بالتقادم فى حالة توافر شروطه.

**٢- خطأ أحد المدينين المتضامنين:** لا يكون المدين المتضامن مسؤولاً فى تنفيذ الإلتزام إلا عن فعله[١]. أى أنه إذا إرتكب أحد المدينين خطأ فى تنفيذ إلتزامه سبب ضرراً للدائن، فإنه يكون وحده المسؤول عن تعويض هذا الضرر، ولا يتعدى أثر الخطأ إلى باقى المدينين. والخطأ المقصود هنا هو ذلك الناجم عن الغش فى تنفيذ الإلتزام، والذى يثير مسؤولية المدين قبل الدائن، ويكون من شأنه زيادة قيمة التعويض المشترط (بالشرط الجزائى) أو الحكم لمصلحة الدائن بتعويض عن التأخر فى الوفاء، أما الخطأ الناجم عن عدم تنفيذ الإلتزام فيسأل عنه سائر المدينين، وهذا هو الغرض من التضامن السلبى.

---

(١) م٢٩٣/١ مدنى. عبد الودود يحيى ص٥٦٤

وإذا إستحال تنفيذ الإلتزام بخطأ أحد المدينين، كما لو تسبب بخطئه فى هلاك الشئ محل الإلتزام، كان مسؤولاً وحده عن تعويض الدائن، ولا يتعدى أثره إلى باقى المدينين.

**٣- الإعذار والمطالبة القضائية:** هنا تطبق فكرة النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر وعلى هذا فإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين، فلا يمتد أثره إلى المدينين الآخرين، ويسأل هذا المدين وحده عن التعويض عن التأخير، ويتحمل تبعة هلاك الشئ بعد إعذاره دون غيره من المدينين. وإذا أراد الدائن أن يحملهم جميعاً هذه النتائج وجب عليه أن يعذرهم جميعاً.

أما الإعذار الذى يوجهه أحد المدينين للدائن مطالباً إياه بتسلم الشئ الذى إلتزم هو وباقى المدينين بتسليمه إياه، فيستفيد من نتائجه الجميع، حيث يتحمل الدائن تبعة هلاك الشئ أو تلفه[١].

وإذا قام الدائن بمطالبة أحد المدينين قضائياً، فإن آثار هذه المطالبة تقتصر على هذا المدين وحده ولا تتعداه إلى باقى المدينين. ومن المعروف أن المطالبة القضائية يترتب عليها قطع التقادم وسريان الفوائد، وعلى ذلك فإن المدين الذى طولب قضائياً هو الذى ينقطع فى حقه التقادم، وهو وحده الذى تسرى فى حقه فوائد التأخير. ولترتيب نفس النتائج فى حق الآخرين وجب إتخاذ نفس الإجراء فى مواجهتهم.

---

(١) تنص المادة ٢/٢٩٣ مدنى على أنه «إذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو قاضاه، فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقى المدينين. أما إذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن، فإن باقى المدينين يستفيدون من هذا الإعذار».

٤- **الصلح:** ينطبق ذلك على الحالة التى يقوم فيها نزاع بين الدائن وسائر المدينين المتضامنين حول وجود الإلتزام التضامنى أو مداه. ولا شك أن الصلح الذى يبرمه كل المدينين مع الدائن ينصرف أثره إليهم جميعاً طالما كانوا طرفاً فيه(١).

أما إذا أبرم الصلح أحد المدينين مع الدائن، فإن هذا الصلح ينصرف أثره إلى هذا المدين، ولا يسرى فى حق الآخرين إلا بقدر ما يوفر لهم من نفع. ويكون الصلح نافعاً إذا تضمن تخفيفاً لعبء الدين، كما لو نزل الدائن فيه عن جزء من الدين أو عن فوائده أو عن بعضها.

أما إذا كان الصلح ضاراً بباقى المدينين فإنه لا ينصرف إليهم إلا إذا قبلوه لأن المدين الذى أبرمه لا يُعتبر نائباً عنهم فيه، ويكون الصلح ضاراً إذا تضمن زيادة فى أعباء الدين كما لو زاد فى الإلتزام الأصلى أو أضاف إليه إلتزاماً جديداً.

ولاشك أن المدينين المتضامنين الذين لم يكونوا طرفاً فى الصلح هم أصحاب الكلمة فى تقدير ما إذا كان الصلح نافعاً لهم أم ضاراً بهم، ويجوز لهم بالتالى قبوله أو رفضه. ولا يتصور سريان الصلح فى حق هؤلاء المدينين، حتى ولو كان نافعاً لهم، إلا إذا قبلوه، لأن الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً من خلال تنازل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من إدعائه، ومن ثم فإن القبول لازم لكى يسرى عليهم تنازل المدين المتصالح عن جزء من حقوقهم. والصلح لا يقبل التجزئة،

(١) تنص المادة٢٩٤ مدنى على أنه «إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى، إستفاد منه الباقون. أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب فى ذمتهم إلتزاماً أو يزيد فيما هم ملتزمون به، فإنه لا ينفذ فى حقهم إلا إذا قبلوه».

فلا يجوز للمدينين المتضامنين قبول الشطر المفيد من الصلح دون الشطر الآخر المفيد للدائن.

**٥- الإقرار واليمين:** ينطبق ذلك على الحالات التى لا يوجد فيها لدى الدائن دليل إثبات قبل المدينين. فإذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين، فإنه يصبح ثابتاً فى حقه، ولا يسرى هذا الإقرار على المدينين الآخرين لأنه ضار بهم. والمدين المُقر لا ينوب عنهم فيما يضر. ويتعين على الدائن لإثبات حقه فى مواجهة هؤلاء المدينين، أن يحصل منهم على إقرارات مماثلة أو يقيم الدليل على الدين بطرق الإثبات المقررة قانوناً.

أما إذا أقر الدائن لأحد المدينين المتضامنين بمسألة من المسائل المتعلقة بالدين، إستفاد جميع المدينين من هذا الإقرار لأنه نافع لهم، ويُعتبر المدين الذى صدر له الإقرار ممثلاً لباقى المدينين[١].

أما اليمين، فقد يوجهها الدائن إلى أحد المدينين المتضامنين، فينكل عنها، فيثبت حق الدائن، ويكسب دعواه، وقد يوجهها أحد المدينين إلى الدائن فيحلفها، فيثبت إدعاء الدائن ويخسر المدين دعواه، فى هاتين الحالتين يقتصر أثر اليمين على المدين، ولا يضار الآخرون من ذلك، وليس للدائن أن يتمسك فى مواجهتهم بهذا الأثر.

وعلى العكس إذا وجه الدائن اليمين إلى أحد المدينين فحلفها

(١) تنص المادة ٢٩٥ مدنى على أنه «١- إذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين، فلا يسرى هذا الإقرار فى حق الباقين. ٢- وإذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن اليمين أو وجه إلى الدائن يميناً حلفها، فلا يضار بذلك باقى المدينين. ٣- وإذا إقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين فحلف، فإن المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك».

فترتب على ذلك خسارة الدائن للدعوى، فإن هذا الأثر لا يقتصر على المدين الحالف بل يفيد منه سائر المدينين، ويكون لهم أن يتمسكوا به فى مواجهة الدائن. ويصدق نفس الحكم إذا وجه أحد المدينين اليمين إلى الدائن، فنكل عنها، فإن المدين يكسب الدعوى ويستفيد من ذلك سائر المدينين.

٦- **حجية الأحكام:** إذا صدر حكم لمصلحة الدائن فى الدعوى التى يرفعها على أحد المدينين أو التى تُرفع عليه من هذا الأخير، دون أن يكون باقى المدينين طرفاً فى الدعوى، فإن هذا الحكم لا يحتج به عليهم ولا يسرى فى حقهم[١]. وإذا وفى المدين المحكوم عليه بالدين ورجع على الباقين كل منهم بنصيبه، كان لهم أن يدفعوا رجوع المدين بكافة الدفوع التى كانوا يستطيعون بها مطالبة الدائن لهم. ويجوز لهم الطعن فى الحكم بطريق إعتراض الشخص الخارج عن الخصومة، وقد يتوصلون بذلك إلى وقف تنفيذ[٢]، وذلك بدلاً من انتظار رجوع المدين عليهم.

وإذا صدر الحكم لصالح أحد المدينين المتضامنين، فيستفيد منه الباقون، ولو لم يكونوا طرفاً فى الدعوى، ويمكنهم الإحتجاج بهذا الحكم، إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحه، فى هذه الحالة يقتصر أثر الحكم عليه وحده. مثال ذلك الحكم الصادر بالإبطال بسبب نقص أهلية المدين أو تعييب إرادته،

---

(١) تنص المادة ٢٩٦ مدنى على أنه «١- إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين، فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين. ٢- أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم، فيستفيد منه الباقون، إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحه».

(٢) م. ٤٥٠، ٤٥٤ مرافعات.

والحكم الصادر فى نزاع حول حلول الأجل أو تحقق الشرط الذى إتصف به الدين بالنسبة لهذا المدين وحده.

ويراعى أن الحكم الصادر لصالح أحد المدينين المتضامنين يزول أثره بالنسبة لباقى المدينين إذا قضت بالغائه هيئة قضائية مختصة، ولكن إذا إختصم الدائن جميع المدينين فى الدعوى وصدر حكم لصالحهم، ثم قُضى بإلغاء هذا الحكم بالنسبة لأحدهم فيما بعد، فلا يضار الباقون بذلك. أما إذا صدر الحكم عليهم، فلا يترتب على إعلانه لأحدهم سريان مواعيد المعارضة والإستئناف والنقض بالنسبة للباقين[1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٩٤ .

وإذا رفع أحد المدينين المتضامنين معارضة أو إستئنافاً، إستفاد منه الآخرون. وإذا رُفع الإستئناف من أحد المدينين، إستفاد منه الباقون، ولهم أن ينضموا إليه فى إستئنافه ولو بعد الميعاد (نقض ١٩٣٩/١٢/٢١، ١٩٤١/١/١٦ مجموعة عمر٣ ص٣٦، ١٩٧).

وإذا حكم على أشخاص بالتضامن، ثم رفع بعضهم إستئنافاً عن الحكم ولم يستأنف البعض، ولم يحضر محكمة الإستئناف يطلب الإستفادة من الإستئناف المرفوع من الآخرين، كان لمحكمة الإستئناف أن تعتبر الحكم الإبتدائى إنتهائياً بالنسبة إليه، لأنه هو الذى بعدم حضوره أمام محكمة الإستئناف قد فوت على نفسه فرصة إبداء طلب الإستفادة من الإستئناف المرفوع من الآخرين (نقض ١٩٣١/١٢/٣ مجموعة عمر١ ص٢٣).

ورغم ذلك فإنه ينبغى التذكرة بالمبدأ العام هو أن التضامن لا ينال من إستقلال كل من المتضامنين عن الآخر فى الخصومة وفى الطعن وفى الحكم الصادر فيها (نقض ١٩٧٢/٥/١٦ س٢٣ ص٩٣٣). الطعن ٥٤٦٣ س٦٣ق ٢٠٠١/١/٩.

## الفصل الثاني

## علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض

متى قام أحد المدينين بالوفاء بكل الدين أو بما يزيد عن حصته، كان له الرجوع بالزيادة على المدينين المتضامنين معه بنسبة حصة كل منهم فى الدين، وذلك بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية. وقد ينحصر رجوع الموفى على أصحاب المصلحة فى الدين دون غيرهم، على أن يتحمل كل مدين متضامن نصيبه فى حصة المعسر منهم. ونعرض لتلك النقاط فيما يلى:

### (أ) رجوع المدين المتضامن على الآخرين:

إذا وفى أحد المدينين المتضامنين الدين للدائن، جاز له أن يرجع على المدينين الآخرين بحصة كل منهم فى الدين. ويثبت حق الرجوع للمدين الموفى متى قام بالوفاء بالفعل، سواء فى ذلك كان قد وفى جملة الدين أم جزء منه يزيد على نصيبه[1]. وسواء قام بالوفاء من

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مصلحة المدين الذى رُفعت عليه دعوى تعويض بالتضامن مع مدين آخر أن يقاضى فى نفس الوقت ذلك المدين الآخر، ويطلب إلى المحكمة فى حالة الحكم عليه بذلك الدين أن تقض له بحق الرجوع على المدين الآخر بكافة ما يحكم به عليه هو إذا كان لديه من الأسباب ما يقتضى عدم ملزوميته شخصياً بشئ من الدين. ومصلحته فى ذلك محققة لا إحتمالية فقط، لأن رفع الدعوى عليه بادئ الأمر بصفته مديناً متضامناً مع المدين الآخر معناه إلتزامه فى النهاية بجزء من الدين، سواء إختار الدائن التنفيذ عليه هو بما حكمت به المحكمة ثم رجع على زميله المدين بحصته فيما حكم به، أو كان الدائن قد اختار التنفيذ على المدين الآخر ثم رجع هذا المدين الآخر على المدين الأول بحصته فيما حكم به وهذه المصلحة المحققة من أول الأمر هى التى تبيح لذلك المدين الرجوع على زميله المدين فى نفس الوقت الذى رفعت فيه دعوى التعويض الأصلية على المدينين معاً والمطالبة بالحكم له على المدين الآخر بكل ما يحكم به عليه (نقض مدنى ٢٥ مايو سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية٣٧ رقم ١٩٣). نقض ٣/ ٥/ ٢٠٠٠، الطعن٨٠٠٥ س٦٨ق.

تلقاء نفسه أو بناء على مطالبة الدائن له. ويستوى أخيراً أن يكون المدين قد قام بقضاء الدين بالوفاء الفعلى[1]، أو بما يقوم مقام الوفاء. كالوفاء بمقابل، أو بطريق المقاصة، أو بطريق التجديد أو إتحاد الذمة. المهم أن يؤدى الوفاء إلى إبراء ذمة المدينين من الدين التضامنى أى أن يعود عليهم بفائدة. أما إذا كان المدين قد قام بالوفاء بالدين، فى الوقت الذى كان فيه هذا الدين قد إنقضى بالتقادم أو تم الوفاء به من مدين آخر مع علمه بذلك، فلا يكون له حق الرجوع على المدينين الآخرين بما وفى.

## (ب) إنقسام الدين على المدينين المتضامنين:

يقوم التضامن فى علاقة المدينين بالدائن، أى أن كل من المدينين يلتزم بدفع كل الدين للدائن، أما فى العلاقة بين المدينين، فإن الدين ينقسم بينهم، كل بقدر حصته[2]، بمعنى أن المدين الموفى لا يرجع على

---

(١) لئن كان يجوز للمدين المتضامن من أن يتفق مع غيره من المدينين المتضامنين على أن يتحمل وحده الدين محل التضامن، إلا أنه لا يجوز لغيره من المدينين المتضامنين الرجوع عليه بهذا الدين رلا إذا كان قد وفاه بالفعل للدائن، ولا يغنى عن ذلك صدور أحكام نهائية عليه بهذا الدين طالما أنه لم يتم الوفاء به بالفعل تنفيذاً لهذه الأحكام.

وإذا كانت صورة الدعوى كما أثبتها الحكم المطعون فيه أن البنك الدائن استصدر ضد الطاعنين ومورث المطعون ضدهم أحكاماً بإلزامهم بالتضامن بالدين موضوع الدعوى فأقام الطاعن الأول دعواه بإلزام المطعون ضدهم بأن يؤدوا له قيمة الدين من تركة مورثهم إستناداً إلى إقرار المورث بإلتزامه وحده بالدين محل التضامن بمقتضى الإقرار الصادر منه، وكان الحكم المطعون فيه قد إنتهى إلى عدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان تأسيساً على أنه لم يثبت أن الطاعن الأول قد وفى بالفعل بالدين محل التضامن أو أن البنك الدائن قد نفذ على أمواله بهذا الدين. فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه (نقض ١٩٧٦/٥/٣ س٢٧ ص١٠٥٦).

(٢) تنص المادة ٢٩٧ مدنى على أنه «إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين، فلا =

أى من شركائه فى الدين بكل ما وفاه، بل يرجع على كل منهم بنسبة حصته فى الدين.

والأصل أن ينقسم الدين بين المدينين المتضامنين بالتساوى، أى بعدد الرؤوس، ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضى بغير ذلك(1). ففى التضامن الإتفاقى، وجب الرجوع إلى الإتفاق المنشئ للدين لتحديد حصة كل مدين فيه. وقد يحدد الإتفاق هذه الحصة صراحة، وقد يكون تعيينها ضمنياً، كما لو إشتري شخصان عقاراً على أن يكون لأحدهم الثلث وللثانى الثلثان، وإلتزموا متضامنين بالثمن، فينقسم الدين عليهم بنسبة حصة كل منهما فى العقار. والأصل إفتراض تساوى الحصص، ما لم يثبت أحد المدينين وجود إتفاق مخالف.

وقد يحدد القانون، فى التضامن القانونى، حصة كل مدين أو الأساس الواجب الإتباع فى تعيين هذه الحصة. مثال ذلك النص على أنه

---

= يجوز له أن يرجع على أى من الباقين إلا بقدر حصته فى الدين، ولو كان بماله من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن. 2- وينقسم الدين إذا وفاه أحد المدينين حصصاً متساوية بين الجميع ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضى بغير ذلك».

إذا قام المتضامنون فى الدين بأدائه، جاز له الرجوع على باقى المدينين معه كل بقدر حصته فى الدين. ومفاد هذا أن تضامن المدينين قبل الدائن لا يلزم عنه تضامنهم بعضهم قبل بعض، فالحكم الذى يقضى بإعتبار المدينين متضامنين فيما بينهم لكونهم متضامنين قبل الدائن يكون مخالفاً للقانون، متعيناً نقضه (١٩٤١/٢/٢٧ مجموعة عمر٣ ص٣٣٤).

(1) إذا لم يعين الإتفاق أو القانون نصيب كل من الدائنين أو المدينين المتعددين لم يبق إلا أن ينقسم الإلتزام عليهم بحسب الرؤوس أو بأنصبة متساوية وإذا خلا العقد موضوع الدعوى من تحديد نصيب كل من البائعين فى ثمن ما باعاه معاً صفقة واحدة غير مجزأة، فإنه يكون لكل بائع نصف ثمن المبيع (نقض ١٩٧٢/٣/٩ س٢٣ ص٣٦٤).

«إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار، كانوا متضامنين فى إلتزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوى، إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض». مؤدى ذلك أن المشرع يخول القاضى سلطة تعيين حصة كل من المسؤولين عن الفعل الضار فى التعويض تبعًا لجسامة خطأ كل منهم، فإن تعذر ذلك قسم التعويض عليهم بالتساوى[1].

وإذا كان أحد المدينين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين، فهو الذى يتحمل به كله نحو الباقين[2]. ويتحقق ذلك إذا كان الدين هو فى الواقع خاص بأحدهم وحده، ولا يكون للمدينين الآخرين فى الدين أية مصلحة، بل يلتزمون معه على سبيل الضمان. فى هذه الحالة تسرى قواعد التضامن على علاقة هؤلاء المدينين بالدائن، لأنهم يظهرون فى صلتهم به بمظهر المدينين الأصليين، أما فى علاقتهم بعضهم ببعض فتطبق قواعد الكفالة، بمعنى أن الدين لا ينقسم بينهم بل يتحمله المدين الأصلى وحده. وإذا قام هذا الأخير بالوفاء، وجب أن يتحمل الدين كله وليس له حق الرجوع على الباقين. وإذا قام بالوفاء مدين آخر كان لهذا المدين أن يرجع عليه بالدين كله. وإذا تعدد المدينون الأصليون، فإن للمدين الموفى (الضامن أو الكفيل) أن يرجع على أى منهم بكل ما دفعه. ويرجع هذا الأخير بدوره على الآخرين من أصحاب المصلحة كل بقدر حصته فى الدين. وقد نص المشرع على ذلك بقوله «إذا تعدد المدينون فى دين واحد وكانوا متضامنين، فللكفيل الذى ضمنهم أن

---

(١) م١٦٩ مدنى. فتحى عبد الرحيم ص٢٦٥

(٢) م٢٩٩ مدنى.

يرجع على أى منهم بجميع ما وفاه من الدين»[1].

**(جـ) توزيع حصة المدين المعسر على المدينين الموسرين:**

«إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين، تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذى وفى بالدين وسائر المدينين الموسرين، كل بقدر حصته»[2].

وكما يتضامن المدينون فى الوفاء بالدين للدائن، فإنهم يتضامنون كذلك فى تحمل حصة المعسر منهم، وهذه هى الفائدة الكبيرة التى يحققها التضامن. فإذا كان أحد المدينين المتضامنين معسراً، فإن الدائن لا يتحمل نتيجة هذا الإعسار، بل يجوز له أن يرجع بكل الدين على أى مدين موسر. ولا يتحمل المدين الموفى وحده حصة المدين المعسر، بل تنقسم هذه الحصة على كل من المدينين بالتضامن بنسبة حصة كل منهم فى الإلتزام التضامنى، ويشاركهم فى ذلك، بطبيعة الحال، المدين الذى وفى الدين.

فلو أن هناك ثلاثة مدينين بالتضامن، وكان الدين ثلثمائة، وحصصهم فيه متساوية، ودفعه واحد منهم، فإنه يرجع على كل من الإثنين الآخرين بمائة. وإذا كان أحدهما معسراً، إلتزم الموسر منهما بدفع مائة وخمسين، وتحمل المدين الموفى فى النهاية مائة وخمسين.

**(د) الأساس القانونى لرجوع المدين :**

يمكن للمدين الموفى أن يرجع على بقية المدينين إما بدعوى شخصية وإما بدعوى الحلول. والدعوى الشخصية تكون على أساس

---

(١) م٨٠١ مدنى.

(٢) م٢٩٨ مدنى.

العلاقة التى تربطهم. فإذا كان التضامن قد نشأ بين المدينين بالإتفاق، فإن الدعوى الشخصية تكون هى دعوى الوكالة، بإعتبار الموفى وكيلاً عنهم. أما إذا كان التضامن قانونياً، فإن الموفى يكون فضولياً ويرجع بدعوى الفضالة. أما دعوى الحلول فهى دعوى الدائن حيث يحل الموفى محله فى حقوقه قبل المدينين المتضامنين.

ويفضل الدائن دعوى الحلول إذا أراد الإستفادة من التأمينات التى كانت للدائن كرهن أو كفالة، إلا أنه قد يفضل مع ذلك الرجوع بالدعوى الشخصية إذا أراد تقاضى فوائد عما دفعه للدائن بالزيادة عن حصته من يوم الدفع، بخلاف الحال فى دعوى الحلول حيث لا يستحق المدين الموفى سوى فوائد الدين الأصلى التى دفعها للدائن، إذا كان هذا الدين منتجاً لفوائد. أضف إلى ذلك أن دعوى الحلول قد تسقط بالتقادم قبل الدعوى الشخصية لأن التقادم بالنسبة للأولى يسرى من يوم حلول أجل الدين، فى حين أن تقادم الثانية لا يسرى إلا من وقت الوفاء.

## المبحث الثالث

## الإلتزام غير القابل للإنقسام

الأصل أن الإلتزام متعدد الأطراف، فى صورتيه الإيجابية أو السلبية، يقبل الإنقسام بين أطرافه، ويقسم بينهم سواء كانوا دائنين أم مدينين. إلا أنه فى بعض الأحوال يكون الإلتزام غير قابل للإنقسام بحيث يجب الوفاء به جملة واحدة. ويكون الإلتزام غير قابل للإنقسام إذا كان محله لا يقبل التجزئة.

وتبدو أهمية تقسيم الإلتزام إلى قابل وغير قابل للإنقسام فى حالة تعدد أطرافه، أما إذا كانت رابطة الإلتزام لا تضم سوى دائن واحد

ومدين واحد، فإنه يتعين على المدين الوفاء بإلتزامه جملة واحدة ولو كان هذا الإلتزام قابلاً للإنقسام[1]، إذ لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاءاً جزئياً لحقه، ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضى بغير ذلك[2].

وسنتكلم أولاً فى أسباب عدم الإنقسام، وثانياً فى آثاره، وثالثاً فى تفرقته عن التضامن.

## المطلب الأول

## أسباب عدم القابلية للانقسام

الإلتزام يكون غير قابل للإنقسام إما بحسب طبيعته، أو بحسب الإتفاق[3]، أو بنص القانون.

---

(١) «لا تظهر أهمية عدم قابلية الإلتزام للإنقسام إلا حيث يتعدد المدينون أو الدائنون، إما إبتداء عند إنشاء الرابطة القانونية، وإما بعد ذلك إذا تعدد ورثة من كان بمفرده طرفاً من طرفى الإلتزام. أما حيث لا يتعدد الدائن ولا المدين، فيتعين الوفاء بالإلتزام كاملاً دون تبعيض، منقسماً كان أو غير قابل للإنقسام» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٠٤).

النص فى المواد ٣٠٠، ٣٠١، ٣٠٢ من القانون المدنى يدل على أن وصف عدم قابلية الإلتزام للإنقسام، وإن كان ينبعث فى جوهره من محل الإلتزام، إلا أنه ينصرف فى آثاره إلى أطراف الإلتزام، ذلك أنه- وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدنى- لا تظهر أهمية عدم قابلية الإلتزام للإنقسام إلا حيث يتعدد المدينون أو الدائنون إما إبتداء عند إنشاء الرابطة القانونية وإما بعد ذلك إذا تعدد ورثة من كان بمفرده طرفاً من طرفى الإلتزام (نقض ١٩٧٩/٣/١٧ س٣٠ ص٨٣٥).

(٢) م٣٤٢ مدنى.

(٣) تنص المادة ٣٠٠ مدنى على أن يكون الإلتزام غير قابل للإنقسام: (أ) إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم (ب) إذا تبين من الغرض الذى رمى إليه المتعاقدان أن الإلتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً، أو إذا إنصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك».

## (أ) عدم القابلية للإنقسام الطبيعية :

يكون الإلتزام غير قابل للإنقسام إذا كان محله لا يقبل بطبيعته التجزئة بصورة مطلقة أو بصورة نسبية:

**أولاً:** تكون عدم القابلية للإنقسام مطلقة، إذا كان محل الإلتزام بطبيعته يستعطى بأى صورة، وعلى أى وجه ينظر إليه فيه، على التجزئة. ونفرق فى هذا بين صور المحل المختلفة:

١- فالإلتزام بإعطاء شئ أى بنقل حق عينى أو إنشائه على شئ قلما يكون غير قابل للتجزئة، إذ الأصل فيه أنه يكون قابلاً للإنقسام، لأن الملكية وبقية الحقوق العينية يمكن تجزئتها مادياً، كإلتزام المدين بتسليم كمية من الحبوب، أو معنوياً، كإلتزام المدين بنقل ملكية نصف أو ربع المنزل على الشيوع[١]. غير أن هناك حقين عينين لا يقبلان

(١) الموضوع فى دعوى تثبيت الملكية والمطالبة بالريع موضوع قابل للتجزئة ولو إنصبت الدعوى على مال شائع (نقض ١٩٦٢/١٢/٢٠ س١٣ ص١١٨٥).

قارن نقض ٢٠٠٠/١/٢٥ طعن٤٧١٣ س٦٢ق.

إذا كان النزاع يقوم على بطلان عقد البيع الصادر من المطعون عليه الثانى للمطعون عليه الأول تأسيساً على أن العقد قد تضمن شرطاً مانعاً من التصرف. وكان النزاع على هذه الصورة غير قابل للتجزئة إذ لا يتصور أن يكون عقد البيع صحيحاً بالنسبة للبائع وباطلاً بالنسبة للمشترى، فإن بطلان الطعن بالنسبة للأول لعدم صحة إعلانه يستتبع بطلانه بالنسبة للثانى مما يتعين معه الحكم بعدم قبول الطعن (نقض ١٩٦٢/١١/١٥ س١٣ ص١٠٢٨). طلب ورثة المشترى لعقار صحة ونفاذ البيع الذى عقده مورثهم لا يجعل موضوع الدعوى فى جميع الأحوال غير قابل للتجزئة، إذ مثل هذه الدعوى التى يقصد بها أن تكون دعوى استحقاق ما لا يعتبر فى الأصل قابلاً للتجزئة، لكل وارث أن يطالب بحصة فى المبيع مساوية لحصته الميراثية، وذلك ما لم يكن محل العقد غير قابل للتجزئة لطبيعته أو لمفهوم قصد عاقديه. وإذن فمتى كان الواقع أن ورثة المشترى أقاموا دعواهم على ورثة البائع يطلبون الحكم بصحة ونفاذ البيع الصادر من مورث هؤلاد الآخرين عن قطعة أرض قضاء، ولما قضى برفض الدعوى إستأنف بعض الورثة =

التجزئة بحسب طبيعتهما القانونية، وهما حق الإرتفاق وحق الرهن، إذ لا يتصور أن ينقسم الإلتزام بترتيب رهن أو بتقرير ارتفاق[1].

٢- وبالنسبة للإلتزام بعمل فكثيراً ما يكون غير قابل للتجزئة، كالإلتزام بتسليم حيوان حى، حيث لا يقبل بطبيعته للإنقسام، وإلتزام البائع بضمان التعرض والإستحقاق، والإلتزام بتمكين المستأجر من الإنتفاع بالعين المؤجرة. ويقبل الإلتزام بعمل، أحياناً التجزئة، كالإلتزام بتسليم قطعة أرض[2].

٣- أما الإلتزام بإمتناع عن عمل، فالأصل فيه أنه غير قابل للإنقسام، كإلتزام بائعى المحل التجارى بعدم المنافسة، حيث لا يُتصور تنفيذ الإلتزام فى جزء منه، لأن المخالفة تقع بمجرد إتيان أى فعل مخالف ولو جزئى، ولا يتصور كذلك تنفيذ أحد البائعين لإلتزامه دون الآخر. على أنه يمكن أن نتصور قابلية هذا الإلتزام للإنقسام إذا كان محل الإمتناع يمكن تجزئته، كإلتزام بائع المتجر بألا يقيم محلاً آخر منافساً، وألا يصرف عملاء المتجر عنه، وألا ينتزع منه مستخدميه.

---

= دون البعض الآخر الحكم، وكان الحكم الإستئنافى إذ قضى بقبول الإستئناف وإلغاء الحكم الإبتدائى وصحة نفاذ البيع إستناداً إلى أن موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة، لم يبين كيف توافر لديه الدليل على هذا، فإنه يكون قد شابه قصور مبطل فى قضائه، لأنه متى كان المبيع قطعة أرض فضاء فإنه لا يصح إطلاقا القول بأن الموضوع غير قابل للتجزئة دون بيان سند لهذا القول (نقض ١٩٥١/٣/١ س٣ ص٣٩٤).

(١) مفاد ما تنص عليه المادة ١٠٤٠ من القانون المدنى أن كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ما لم ينص القانون أو يقضى الإتفاق بغير ذلك. إن الرهن الرسمى على العقار حق غير قابل للتجزئة، سواء بالنسبة إلى العقار المرهون أو بالنسبة إلى الدين المضمون، فإذا إنقضى جزء من هذا الدين بقى العقار المرهون ضامناً لما بقى من الدين (نقض ١٩٧٣/٧/١١ س٢٤ ص١٠٠٠). نقض٢٠٠٠/٦/١٤ طعن١٨٤١س٦٩ق(إرتفاق)

(٢) إلزام الغاصبين بإزالة المباني عن الأرض (نقض١٩٩٩/١١/١٠طعن٢٣٦٦س٦٨ق)، صحة ونفاذ البيع (نقض٢٠٠٠/٥/٣١ طعن٣٠٥٦س٦٢ق).

**ثانياً:** تكون عدم القابلية للإنقسام نسبية، إذا كان محل الإلتزام بطبيعته يقبل التجزئة، ولكن الغرض منه ونظرة المتعاقدين إليه يجعلانه غير قابل للتجزئة، أى أن الإلتزام يأخذ هذا الوصف بفعل الإنسان وليس لسبب راجع إلى طبيعته. مثال ذلك إلتزام المقاول ببناء منزل فهذا الإلتزام يقبل التجزئة بطبيعته حيث يتصور البناء على مراحل أو توزيع العمل على عدة أفراد (بناء، طلاء، نجارة...إلخ)، ولكن الإلتزام وفقاً لغرض المتعاقدين يرد على المنزل بأكمله ولا يتصور تجزئته. ومن أمثلته أيضاً إلتزام كاتبان بوضع مؤلف فى موضوع معين، فهذا الإلتزام غير قابل للإنقسام بالنظر إلى الغرض منه. وكذلك الحال بالنسبة للإلتزام بتسليم محل تجارى حيث لا يقبل الإنقسام بالرغم من أنه يتكون من عدة عناصر وهى المكان والسلع والزبائن والإسم، إلا أن هذه العناصر قد إجتمعت بفعل الإنسان فى تكوين محل واحد[1].

**(ب) عدم القابلية للإنقسام الإتفاقية :**

قد يكون محل الإلتزام بطبيعته قابلاً للإنقسام، فيمكن الوفاء به على عدة أجزاء، ومع ذلك تتجه إرادة المتعاقدين إلى جعله غير قابل للتجزئة. أى أن الإلتزام يصبح بهذا الوصف بمقتضى الشرط، وهذا الإشتراط قد يكون صريحاً، كما لو إشترط الدائن على المدين، فى العقد مصدر الإلتزام، ألا يجوز تنفيذه منقسماً. وكثيراً ما يتم الإتفاق فى الإلتزامات التضامنية على ألا ينقسم الإلتزام على ورثة أى من

---

(١) الحساب الجارى الذى يخضع لقاعدة عدم التجزئة هو الحساب الذى يتضمن وجود معاملات متصلة بين طرفيه يعتبر فيها كل منهما مديناً أحياناً ودائناً أحياناً أخرى، وتكون هذه العمليات متشابكة يتخلل بعضها بعضاً بحيث تكون مدفوعات كل من الطرفين مقرونة بمدفوعات من الطرف الآخر (نقض ١٩٦٩/٦/١٩ س٢٠ ص١٠٣٦).

المدينين أو ورثة أى من الدائنين. وكما لو إشترط الدائن بمبلغ من النقود أن الوفاء لا يكون إلا بكل الدين.

وإشتراط عدم القابلية للإنقسام قد يكون ضمنياً يستخلص من ظروف التعاقد، وبصفة خاصة من الغرض المقصود من الإلتزام، كما لو تبين أن الغرض من الصفقة يوجب تنفيذها كلياً بلا تجزئة، كمن يشترى أرضاً ليقيم عليها بناء لا يمكن إقامته على مساحة أقل، فمتى كان البائع عالماً بغرض المشترى يقوم إتفاق بينهما ضمناً على عدم تجزئة الإلتزام بنقل ملكية هذه الأرض. وكما لو إقترض شخص مبلغاً من المال لشراء عقار معين، فالغرض من القرض يوجب على المقرض الوفاء به كاملاً. وكذلك الحال إذا باع شخص قطعتى أرض إلى مشترٍ بعقد واحد، ويكون مفهوماً بين المتعاقدين أن البائع أراد بذلك أن يوفى من ثمنهما معاً ديناً عليه، فيكون إلتزام المشترى بالنسبة لثمن القطعتين إلتزاماً واحداً غير قابل للتجزئة[1].

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن عدم تجزئة الإلتزام يصح تقديره بإرادة المتعاقدين، وإذن فمتى كان الواقع فى الدعوى هو أن الطاعن إشترى من المطعون عليه قطعتى أرض منفصلتين الواحدة عن الأخرى ولكن أُفرغا معاً فى محرر واحد وكان الحكم إذ قضى برفض الدعوى التى أقامها الطاعن بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع بالنسبة إلى إحدى القطعتين تأسيساً على أن إلتزامات الطاعن بالنسبة إلى القطعتين واحدة لا تقبل التجزئة وإنه قصر فى الوفاء بها، قد أقام قضاءه على أن الطاعن تعهد بوفاء دين قطعه مما يتبقى من ثمن الثانية وأن نية المطعون عليه واضحة فى هذا من رغبته فى التخلص من ديونه دفعة واحدة ببيع قطعتى الأرض على السواء لمشتر واحد يكمل من باقى ثمن إحداهما ما على الأخرى لنفس الدائن متى كان الحكم قد أقام قضاءه على ذلك، فإن ما ينعاه عليه الطاعن من خطأ فى تطبيق القانون إستناداً إلى أنه أوفى المطعون عليه بكامل الثمن من القطعة التى طلب الحكم بصحة ونفاذ العقد بالنسبة إليه يكون على غير أساس (نقض ١٩٥١/٣/٢٢ س٢ص٤٤٤).

والأصل فى الإتفاق على عدم الإنقسام أن يتم بقصد تحقيق مصلحة الدائن، حيث يجوز له فى هذه الحالة مطالبة أى مدين من المدينين بأداء كل الدين، فلا يجبر الدائن على قبول وفاء جزئى من كل مدين على حدة. على أنه قد يشترط عدم الإنقسام لمصلحة المدين حتى لا يضطر إلى تقسيم الوفاء على دائنيه المتعددين. ويجرى ذلك عادة فى نظم الشركات التجارية حيث تشترط عدم قابلية الأسهم والسندات للتجزئة، فإذا مات صاحبها عن عدة ورثة، فلا يجوز لكل منهما أن يطالب بحصته على إستقلال، بل يمثلهم جميعاً أمام الشركة شخص واحد.

**(جـ) عدم القابلية للإنقسام بنص القانون:**

وأخيراً فإن المشرع نفسه هو الذى يشترط عدم القابلية للإنقسام، كما هو الحال بالنسبة للشفعة حيث لا يجوز إستعمال حق الشفعة أو إسقاطه إلا فى كامل العقار المشفوع فيه حتى لا تتفرق الصفقة على المشترى.

## المطلب الثانى

## آثار عدم القابلية للإنقسام

ينبغى للتعرف على آثار عدم القابلية للإنقسام التفرقة بين حالة تعدد المدينين، وحالة تعدد الدائنين[1].

---

(١) تنص المادة ٣٠١ على أنه «١- إذا تعدد المدينون فى إلتزام غير قابل للإنقسام كان كل منهم ملزماً بوفاء الدين كاملاً. ٢- وللمدين الذى وفى بالدين حق الرجوع على الباقين كل بقدر حصته إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك».

وتنص المادة ٣٠٢ مدنى على أنه «١- إذا تعدد الدائنون فى إلتزام غير قابل =

### (أ) حالة تعدد المدينين:

إذا تعدد المدينون فى إلتزام غير قابل للإنقسام كان كل منهم ملزماً بوفاء الدين كاملاً. ويجوز للدائن، بالتالى أن يطالب أياً منهم بالدين كله. وللمدين الذى وفى بالدين حق الرجوع على الباقين كل بقدر حصته، إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك، بأن كان أحد المدينين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين فيتحمله كله، كما هو الحال فى التضامن. والأصل أن الدين ينقسم بين المدينين بالتساوى ما لم يوجد إتفاق أو نص فى القانون يقضى بغير ذلك.

ويرجع المدين الموفى على الآخرين على أساس الدعوى الشخصية أو دعوى الحلول، ولا يتحمل وحده تبعة إعسار من يعسر منهم، بل يتحمل كل المدينين حصة المدين المعسر، كل بقدر حصته، كما هو الحال فى التضامن.

ويترتب على وفاء أحد المدينين بالدين براءة ذمة الآخرين، وكذلك إذا إنقضى الإلتزام لأى سبب آخر غير الوفاء، أدى ذلك إلى سقوط الإلتزام بالنسبة لجميع المدينين، لأنه غير قابل للإنقسام، ومن ثم لا يتصور أن ينقضى بالنسبة للبعض ويبقى بالنسبة للبعض الآخر. كما لو تقادم الدين مثلاً فى علاقة الدائن بأحد المدينين، أو إتفق أحد المدينين مع الدائن على تجديد الإلتزام، أو ابرأ الدائن أحد المدينين، أو تحقق إتحاد الذمة بين أحد المدينين والدائن.

---

= للإنقسام، أو تعدد ورثة الدائن فى هذا الإلتزام، جاز لكل دائن أو وارث أن يطالب بأداء الإلتزام كاملاً. فإذا إعترض أحد الدائنين أو الورثة على ذلك، كان المدين ملزماً بأداء الإلتزام للدائنين مجتمعين أو إيداع الشئ محل الإلتزام ٢- ويرجع الدائنون على الدائن الذى إستوفى الإلتزام، كل بقدر حصته».

**(ب) حالة تعدد الدائنين :**

إذا تعدد الدائنون فى إلتزام غير قابل للإنقسام، كان لكل منهم أو لوارثه من بعده أن يطالب بأداء الحق كاملاً. وإذا إعترض أحد الدائنين أو الورثة على هذا الوفاء تعين على المدين أن يؤدى الدين إلى الدائنين مجتمعين إذا إتفقوا، وإلا فالإيداع لدى القضاء وبإذنه حتى يتفقوا أو يصدر حكم من القضاء بما يُتبع.

ويترتب على ذلك أنه «إذا إنقضى الدين بسبب غير الوفاء بالنسبة إلى أحد الدائنين، فإن هذا السبب لا يُحتج به على الدائنين الآخرين إذا عارضوا فيه، إلا بقدر حصة هذا الدائن الذى قام به سبب الإنقضاء. فإذا جدد أحد الدائنين الدين أو إتحدت ذمته مع المدين، أو وقعت معه مقاصة، أو صدر منه إبراء، أو إكتمل التقادم بالنسبة إليه، فإن شيئاً من هذا لا يحتج به على الدائنين الآخرين، وليس للمدين أن يتمسك ضد هؤلاء الدائنين بالتجديد أو باتحاد الذمة أو بالمقاصة أو بالابراء أو بالتقادم، إلا بقدر حصة الدائن الذى قام به هذا السبب، ولكن لما كان المدين لا يستطيع إلا أن يفى بالدين كله، إذ الدين غير قابل للتجزئة، فهو إذا طالبه دائن آخر، لا يجد بداً من أن يؤدى له الدين كله، على أن يرجع عليه بما يعادل حصة الدائن الذى قام به سبب الإنقضاء، ثم يرجع المدين، بعد ذلك، على الدائن الذى قام به سبب الإنقضاء بما حصل عليه هذا زيادة على حصته».

وإذا إستوفى أحد الدائنين الدين، رجع عليه الدائنون الآخرون كل بقدر حصته، كما يحددها مصدر هذا الدين. وإذا أفلس أو أعسر الدائن الذى إستوفى الدين، ولم يحصل الدائنون الآخرون إلا على بعض

حقوقهم، فإنهم يقتسمون ما يحصلون عليه بنسبة حقوقهم، ويتحملون تبعة هذا الإفلاس أو الإعسار بنسبة حصة كل منهم.

## المطلب الثالث

## عدم القابلية للإنقسام والتضامن

بالرغم من أوجه التشابه السابقة فى أحكام الإلتزام التضامنى وأحكام الإلتزام غير المنقسم توجد بعض أوجه الخلاف بينهما:

١- الإلتزام التضامنى وليد الإتفاق أو نص القانون، أما الإلتزام غير القابل للإنقسام فقد تمليه طبيعته إذا كان محله يستعصى بطبعه على الإنقسام، وقد يستمد وجوده من إتفاق الأطراف.

٢- ينقسم الإلتزام التضامنى بين الورثة، بخلاف الحال فى الإلتزام غير قابل للإنقسام. فإذا توفى الدائن بهذا الإلتزام عن عدة ورثة، كان لكل منهم أن يطالب المدين بكل الدين. ولهذه العلة يجرى المتعاملون على إشتراط إلتزام المدينين إلتزاماً تضامنياً غير قابل للإنقسام، إتقاءاً لتجزئة الدين بين الورثة فيما لو إقتصر الأمر على النص على التضامن فحسب. ولا يعرض مثل هذا الفرض فى الشريعة الإسلامية، لأن الدين لا ينتقل من طريق الميراث، فيكون بهذه المثابة غير قابل للإنقسام، ويستطيع الدائن أن يستأديه بجملته من التركة.

٣- إن عدة القابلية للإنقسام قد تكون أضعف إلزاماً عند قيامها على طبيعة المحل، فهى تظل قائمة مادام هذا المحل عصياً على التجزئة بطبعه، ولكن إذا تحول الإلتزام إلى تعويض مالى، زالت عدم قابلية الإنقسام وإنقسم مبلغ التعويض بين المدينين. أما المدينون المتضامنون

فيظل كل منهم، على نقيض ذلك، ملزماً قبل الدائن بأداء كل الدين، ولو تحول الدين إلى تعويض مالى.

٤- يعرف التضامن مبدأ النيابة التبادلية بين المتضامنين فيما ينفع لا فيما يضر، إلا أن تطبيق هذا المبدأ على الإلتزام غير القابل للإنقسام محل خلاف فى الفقه. ودون الدخول فى هذا الجدل الفقهى. نجد نفس النتائج - تقريباً- قائمة فى كل من نوعى الإلتزام: التضامنى وغير المنقسم. ويكمن الخلاف فى أن البعض يؤسس ذلك على مبدأ النيابة التبادلية، بينما يرى الآخرون أن ذلك راجع إلى طبيعة محل الإلتزام غير المنقسم، حيث يرتبط أطرافه بوضع طبيعى أو مادى هو كون الدين غير قابل للإنقسام.(١)

---

(١) Veaux, La représentation mutuelle des coobligés, Melanages weill, 1983, p.547. Martin, L'engagement de codébiteur solidaire, R.T. 1994, 49.

# الباب الثالث

# إنتقال الإلتزام

يقصد بإنتقال الإلتزام تغير أحد أطرافه مع بقاء الإلتزام فى ذاته فى قوامه وفى خصائصه، فإذا حل شخص جديد محل الدائن، كان الإنتقال إيجابياً وسمى بحوالة الحق، أما إذا حل الشخص محل المدين كان الإنتقال سلبياً وسمى بحوالة الدين.

والجوهرى فى الحالتين أن الإلتزام ذاته يظل كما هو رغم تغير أحد طرفيه، وهذا هو المذهب المادى فى الإلتزام حيث يرمى إلى تجريده من شخص الدائن وشخص المدين.

وإنتقال الإلتزام على هذا النحو يتم بين الأحياء أى حال الحياة، ويختلف عن الحالة التى ينتقل فيها بسبب الوفاة طبقاً لقواعد الميراث والوصية، حيث يترتب على وفاة الدائن إنتقال الحق إلى ورثته، ويترتب على وفاة المدين إنتقال الدين إلى الورثة مع تحديد مسؤوليتهم عنه بأموال التركة.

ونقصر دراستنا على إنتقال الإلتزام بين الأحياء، حيث نعرض فى فصلين متوالين لكل من حوالة الحق، وحوالة الدين

# الفصل الأول
# حوالة الحق

## التعريف بحوالة الحق، الغرض منها:

حوالة الحق عقد ينقل بمقتضاه الدائن ماله من حق قِبل المدين إلى شخص آخر يحل محله فى إقتضاء هذا الحق من المدين. وتتم الحوالة بين الدائن الأصلى، ويسمى محيلاً، والشخص الذى يتلقى الحق وهو الدائن الجديد، ويسمى المحال له، ودون حاجةِ إلى رضاء المدين، الذى يسمى بالمحال عليه.

وتتم حوالة الحق تحقيقاً لأغراض مختلفة. «فغالباً ما تتم فى مقابل مبلغ من المال يؤدى بوصفه ثمناً، وهنا تتوافر مقومات البيع وتسرى أحكامه وأهمها وجوب الثمن على المشترى وإلتزام البائع بالضمان. وقد ينتفى فى الحوالة المقابل فتكون هبة حيث تنصرف نية المحيل إلى التبرع بالحق المحال به إلى المحال له. ويجب تطبيق الشروط الشكلية والموضوعية التى تحكم التبرعات. وقد يقع أن يقصد من الحوالة مجرد إنشاء تأمين خاص، أى تتم بقصد رهن الحق المحال به ضماناً لدين على المحيل، وفى هذه الحالة تنشئ للمحال له رهناً، ولا يترتب عليها نقل الملك فى الحق المحال به. وهنا تسرى قواعد الرهن. وقد يكون الغرض من الحوالة قضاء دين على المحيل للمحال له. فتأخذ حكم الوفاء بمقابل، إذ يكون الحق المحال مقابل الوفاء بهذا الدين. «وقد تكون الحوالة مقايضة، فيحول المحال له إلى المحيل حقاً فى مقابل الحق الذى حُول له. وقد تكون الحوالة قرضاً، فيقبض المحال له الحق من المحال عليه على أن يرد مثله إلى المحيل

فى الأجل المضروب. وقد تكون الحوالة شركة، فيدفع المحيل حصته فى الشركة الحق الذى حوله لها. وقد تكون الحوالة وكالة بالقبض بقصد التحصيل، فيكون المحال له وكيلاً عن المحيل فى تحصيل الحق محل الحوالة، وتقديم حساب عنه للمحيل».

ومرجع الحكم فى كل أولئك هو نية المتعاقدين، التى تستقل محكمة الموضوع بتقديرها[1]. ويتفرع على هذا أن تعيين القواعد الواجب تطبيقها فى هذا الشأن يناط بطبيعة التصرف الذى يزمع عقده، إلا أن هناك بعض القواعد التى يتعين تطبيقها فى جميع الأحوال دون تفريق، وبصرف النظر عن الباعث إلى الحوالة أو الهدف منها، ودون أن يعتد فى ذلك بسبب الإنتقال أو ترتيب الحق، بيعاً كان أو هبة أو مقايضة أو شركة أو رهناً. وهذه القواعد هى التى ستكون موضع دراستنا فى هذا الصدد، وتنقسم إلى طائفتين: الأولى تتعلق بشروط الحوالة، والثانية تتعلق بآثارها.

وقبل التعرض لتلك القواعد يجدر الإشارة فى هذا الصدد إلى أن الحوالة تجد لها أكثر من تطبيق من الناحية العملية، فقد يلجأ الدائن إلى حوالة حقه المؤجل، إذا كان فى حاجة إلى مال عاجل، مقابل ثمن يقل عن قيمة هذا الحق. أو إذا أراد الدائن تجنب مطالبة مدينه المماطل حيث يترك ذلك للمحال له (الدائن الجديد). وهنا يستفيد هذا الأخير

---

(١) إذا كانت الحوالة بالحق حاصلة بقصد الوفاء للمحتال، فإنها تنقل إليه الملكية فى الدين، ويكون للمحتال أن يباشر بموجبها التنفيذ. ومتى إستخلصت المحكمة إستخلاصاً سائغاً من أوراق الدعوى وظروفها أن المقصود من الحوالة إنما كان إستيفاء المحتال حقاً له قبل المحيل من الدين المحال بطريق التنفيذ بمقتضى عقد الحوالة الرسمى الذى أحله محل الدائن فى كل ما له من حقوق قبل المدين، فإن المجادلة فى ذلك لا تكون إلا مجادلة موضوعية (نقض ١٣/٢/١٩٤١ مجموعة عمر٣ ص٣٧).

حيث يقوم بعمل من أعمال الإستثمار أو المضاربة لأنه يدفع فى الحق المحال به ثمناً أقل من قيمته، ويحصل على الفوائد التى يغلها هذا الحق لحين الوفاء به، خاصة إذا كانت هذه الفوائد مرتفعة.

## المبحث الأول

## شروط حوالة الحق

يمكن تقسيم شروط حوالة الحق إلى طائفتين: الأولى تتعلق بإنعقاد الحوالة، والثانية تتصل بنفاذها فى مواجهة كل من المدين والغير.

### المطلب الأول

### شروط إنعقاد الحوالة

**(أ) عقد الحوالة :**

الحوالة عقد يتم بين الدائن الأصلى (المحيل) والدائن الجديد (المحال له)، على نقل الحق الذى للأول فى ذمة مدينه إلى الثانى. ولا يشترط رضاء المدين (المحال عليه) لإنعقادها، فهو ليس طرفاً فى عقد الحوالة، ويستوى لديه إستبدال دائن بآخر لأن ذلك لا يؤدى إلى زيادة عبء إلتزامه، وكل ما يعنيه هو الخلاص من هذ الإلتزام بغض النظر عن شخص الدائن[1].

---

(١) تنص المادة ٣٠٣ على أنه «يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا حال دون ذلك نص فى القانون أو إتفاق المتعاقدين أو طبيعة الإلتزام، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين» وتنص المادة ٣٠٤ على أنه «لا يجوز حوالة الحق إلا بمقدار ما يكون منه قابلاً للحجز».

وتخضع الحوالة للقواعد العامة فى إبرام العقود حيث يلزم توافر شروط إنعقاد العقد من تراضى ومحل وسبب، هذا بالإضافة إلى صدور الرضاء من ذى أهلية، وأن يكون خالياً من عيوب الإرادة. ولا يلزم لإنعقاد الحوالة شكل خاص، ما لم تكن هبة صريحة للمحال له فيجب آنذاك إفراغها فى الشكل الرسمى.

**(ب) محل الحوالة :**

محل الحوالة هو الحق الذى يجرى تحويله. والحق الذى يقبل الحوالة هو الحق الشخصى أما الحق العينى فينتقل بطرق وإجراءات أخرى. والقاعدة أن كل الحقوق الشخصية، أياً كان محلها، تقبل الحوالة من الدائن الأصلى إلى الدائن الجديد. والغالب فى الحوالة أن يكون محل الحق مبلغاً من النقود، ولكن يجوز حوالة الحق الشخصى الوارد على أشياء مثلية أو معينة بالذات، فيجوز للموعود له ببيع شئ من هذا القبيل أن يحيل حقه قبل الواعد.

ويجوز أن يكون محل الحق عملاً أو إمتناعاً عن عمل، كما فى حالة تنازل المستأجر عن الإيجار حيث يحيل حقه قبل المؤجر بتمكينه من الإنتفاع بالعين المؤجرة[1]. ولكن يلاحظ هنا أن الحوالة ترد على عقد الإيجار برمته حيث تشمل مجموع الحقوق والإلتزامات الناشئة من هذا

---

(١) التنازل عن الإيجار المنصوص عليه فى المادة ٥٩٣ من القانون المدنى حوالة حق بالنسبة لحقوق المستأجر وحوالة دين لإلتزاماته، وتنتقل بمقتضاه إلى المتنازل له عن الإيجار بحوالة الحق حقوق المستأجر الأصلى قبل المؤجر، وتنتقل إليه بحوالة الدين إلتزامات الأول نحو الثانى، وتنشأ علاقة مباشرة بين المؤجر والمتنازل له عن الإيجار فيلتزم هذا الأخير نحو المؤجر بنفس الإلتزامات التى كان المستأجر الأصلى المحيل يلتزم بها (نقض ١٩٧٩/٦/٦ س٣٠ ص٥٦٤).

العقد، وأن التنازل عن الإيجار يخضع لتنظيم قانونى خاص.

وتجوز حوالة الحق، مدنياً كان أم تجارياً، ثابتاً فى ورقة رسمية أو عرفية أو غير ثابت فى سند. ويستوى أن يكون ذلك الحق منجزاً أو معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل أو أن يكون حقاً مستقبلاً[1] أو إحتمالياً[2]. ولو كان حقاً متنازعاً فيه أى رفعت بشأنه دعوى أو قام

---

(١) الأصل طبقاً لما تقضى به المادة ٣٠٣ من القانون المدنى أن الحق الشخصى أياً كان محله قابل للحوالة إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو إتفاق المتعاقدين أو طبيعة الإلتزام، يستوى فى ذلك أن يكون الحق منجزاً أو معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل أو أن يكون حقاً مستقبلاً.

لما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الإتفاق تضمن تنازل الطاعنة للمطعون عليه عن طلب حجز السيارة وعن السيارة ذاتها وأن المطعون عليه يصبح مالكاً لها عند استلامها من الشركة، فإن الإتفاق على هذه الصورة حوالة حق وبمقتضاه ينتقل الحق المحال به من الطاعنة إلى المطعون عليه بمجرد إنعقاد الحوالة دون نظر إلى نفاذها فى حق الشركة المنتجة وهى المحال عليها، ولا يغير من ذلك أن الحق فى شراء السيارة لما يوجد بعد عند إبرام الإتفاق إذ أنه معلق على شرط قبول الشركة المنتجة لطلب الحجز لأنه تجوز حوالة الحق المعلق على شرط والحق المستقبل (نقض ١٩٧٧/٣/٢٢ س٢٨ ص٧٣٢).

(٢) إذ كان الثابت أن الطاعنة- وهى شركة تأمين- أقامت هذه الدعوى طالبة إلزام المطعون عليها الأولى- بوصفها- مسؤول عن الضرر المؤمن منه- بما دفعته الشركة المستأمنة، واستندت فى مطالبتها إلى شرط الحلول الوارد فى وثيقة التأمين، وإذ كان هذا الشرط فى حقيقته حوالة حق إحتمالى مشروطة بتحقق الخطر المؤمن منه، فإنه يكون خاضعاً لأحكام حوالة الحق فى القانون المدنى وهى لا تستوجب لإنعقاد الحوالة رضاء المدين، وترتب عليها- بالنسبة للحقوق الشخصية- إنتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بمجرد إنعقاد العقد. ولما كانت الحوالة الثابتة فى وثيقة التأمين قد تمت بإتفاق طرفيها عليها، وكان الخطر المؤمن منه وهو حصول عجز وتلف وعوار فى الرسالة المؤمن عليها قد وقع فعلاً، فقد زال عن الحق المحال صفة الإحتمالية وأضحى وجوده محققاً وإنتقل من ثم إلى شركة التأمين الطاعنة، وإذا كان مؤدى ما سلف أن الحق فى =

بصدده نزاع جدى.

**(جـ) حقوق غير قابلة للحوالة:**

إذا كان الأصل هو جواز حوالة كل الحقوق الشخصية، إلا أن هذا الأصل ليس مطلقاً بل ترد عليه عدة إستثناءات، أى أن هناك بعض الحقوق لا تجوز فيها الحوالة لعدة أسباب هى:

١- قد ينص القانون على منع حوالة بعض الحقوق، كما هو الحال بالنسبة للحقوق غير القابلة للحجز عليها، كدين النفقة، فهذا الدين لا يجوز الحجز عليه ولا تجوز، بالتالى، حوالته. ولكن قد يكون الحق قابلاً للحجز فى شق منه فقط، هنا تجوز الحوالة بمقدار ما يكون منه قابلاً للحجز. مثال ذلك الأجور والمرتبات حيث لا يجوز الحجز عليها إلا فى حدود الربع. وقد منع المشرع الحجز على هذه الحقوق لإعتبارات إجتماعية وإنسانية، «فلو جازت الحوالة بالنسبة لهذه الحقوق لأمكن التحايل على عدم جواز الحجز عليها، إذ يكفى أن يحيل صاحب الحق حقه إلى دائنه فيغنيه هذا عن الحجز على هذا الحق».

ومن الحالات التى نص القانون على منع الحوالة فيها، عدم جواز حوالة الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى إلا إذا تحدد بمقتضى إتفاق أو طالب به الدائن أمام القضاء. ولا يجوز للمستعير أن يحيل حقه فى

---

= الرجوع على المسؤول عن الضرر قد إنتقل إلى الطاعنة بمقتضى الحوالة الثابتة فى وثيقة التأمين، وكان إنتقال هذا الحق غير معلق على الوفاء بالتعويض، فإن الدعوى تكون قد أقيمت من ذى صفة، ويكون الحكم المطعون فيه وقد خالف هذا النظر وإنتهى إلى أن الطاعنة حين رفعت دعواها لم يكن لها ثمة حق فى رفعها بسبب وفائها اللاحق بالتعويض، يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (نقض ١٢/٥/١٩٧٤ س٢٥ ص٨٥٩).

إستعمال الشئ المعار للغير، إلا بإذن المعير(١).

٢- وقد يتفق الدائن مع المدين على عدم جواز حوالة الحق الموجود بذمة المدين أو على أن الحوالة لا تتم إلا بعد موافقة المدين، فى هذه الحالة يمتنع على الدائن أن يحيل حقه إلى الغير، والإتفاق المذكور صحيح لأن جواز الحوالة أمر لا يتعلق بالنظام العام.

مثال ذلك إشتراط المؤجر على المستأجر عدم جواز التنازل عن الإيجار للغير، وما جرت عليه هيئة النقل العام ومصلحة السكة الحديد وشركات الطيران من إشتراط عدم جواز النزول إلى الغير عن الإشتراكات أو تذاكر السفر.

٣- وقد تتنافى طبيعة الحق مع جواز حوالته، فطبيعة الحق قد تقتضى عدم جواز حوالته، كما لو كان مرتبطاً بشخص الدائن، كحق الشريك فى شركات الأشخاص، والإلتزام بالإنفاق على شخص معين، هنا يكون لشخصية الدائن إعتبار خاص، ومن ثم لا يمكن له أن ينزل عن حقه إلى شخص آخر.

## المطلب الثانى

## شروط نفاذ الحوالة

إن شروط نفاذ الحوالة بالنسبة للمدين تختلف عنها بالنسبة للغير(٢).

---

(١) م٢٢٢، ٦٣٩ مدنى. أنور سلطان ص٣٣٠

(٢) تنص المادة ٣٠٥ مدنى على أنه «لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو إعلن بها، على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ».

## الفرع الأول

## شروط نفاذ الحوالة بالنسبة للمدين

رأينا أن الحوالة تنعقد بين الدائن الأصلى (المحيل) والدائن الجديد (المحال له)، دون رضاء المدين، ولكنها لا تكون نافذة فى حقه إلا إذا علم بها، ويتحقق ذلك إما بإعلانه بها أو بقبوله لها[٢]. ويقصد بنفاذ الحوالة فى حق المدين إلزامه بالتعامل مع الدائن المحال له. ويمتنع عليه الوفاء للدائن القديم (المحيل)، وإذا تم هذا الوفاء، فإنه يكون غير مبرئ لذمته قِبل الدائن الجديد. أما قبل نفاذ الحوالة، فيستطيع المدين الوفاء بالدين للدائن القديم بغير مسؤولية عليه قِبل الدائن الجديد، وتبرأ ذمته بهذا الوفاء.

### (أ) إعلان الحوالة :

تنفذ الحوالة فى حق المدين بإعلانه بها. ويتم الإعلان بإجراء رسمى عن طريق ورقة من أوراق المحضرين، تتضمن وقوع الحوالة وشرائطها وبياناتها الأساسية. ويقوم مقام الإعلان أية ورقة رسمية تتضمن هذه البيانات وتعلن للمدين، كصحيفة الدعوى والتنبيه[٢] والتقدم فى التوزيع وتوقيع الحجز التحفظى. ويتم الإعلان بناء على طلب المحيل أو

---

(١) وعدم نفاذ الحوالة لا يؤثر على قيامها ولا على إنتاج كامل آثارها بين طرفيها، وإنما لا يجوز الإحتجاج بها على المدين أو الغير.

(٢) يكفى فى إعلان المدين بالحوالة لتنفذ فى حقه وفقاً لنص المادة ٣٠٥ من القانون المدنى حصوله بأى ورقة رسمية تعلن إليه بواسطة المحضرين، وتشتمل على ذكر وقوع الحوالة وشروطها الأساسية، ومن ثم فإنه يقوم مقام الإعلان إنذار المدين على يد محضر بالوفاء بالحق المحال توطئه لإستصدار أمر أداء به متى كان هذا الإنذار مشتملاً على بيان وقوع الحوالة وشروطها الأساسية (نقض ١٩٧٦/٥/٢٤ س٢٧ ص١١٧١).

المحال له. ولا يكفى لنفاذ الحوالة إخطار المدين بكتاب ولو كان مسجلاً أو أية ورقة عرفية أخرى[1].

**(ب) قبول المدين للحوالة :**

تنفذ الحوالة فى حق المدين بقبوله لها. ويعنى القبول هنا العلم بالحوالة، إذ أن قبول المدين لها لا يعنى أنه يوافق عليها، ولا يجعله طرفاً فيها، فهى قائمة وتنتج آثارها بين طرفيها دون حاجة إلى هذا القبول. ولا يملك المدين رفض الحوالة لأنه إن لم يقبلها فإنها تنفذ فى حقه ويلتزم بها بمجرد إعلانه بوقوعها.

ولا يشترط أن يتم القبول فى شكل خاص، حيث يمكن أن يتم فى ورقة رسمية أو عرفية أو فى خطاب شفوى. إلا أنه من اللازم أن يحرص صاحب المصلحة على الحصول على دليل كاف على هذا القبول حيث يقع عليه عبء إثباته. والقبول قد يكون صريحاً أو ضمنياً، كقيام المدين بالوفاء ببعض الدين المحال به.

ولا يعنى القبول معنى الإقرار بالدين المحال به بلا قيد أو شرط، أو التنازل عن الدفوع التى كان له التمسك بها قبل المحيل، فالقبول لا يسقط حق المدين فى التمسك بهذه الدفوع فى مواجهة المحال له، وذلك بإستثناء الدفع بالمقاصة، حيث يمتنع على المدين، الذى يقبل الحوالة دون تحفظ، التمسك بالمقاصة التى كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة. أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أُعلن بها، فلا تمنعه

(١) الإعلان الذى تنفذ به الحوالة فى حق المدين يتم بواسطة المحضرين وفقاً لقواعد قانون المرافعات ولا يغنى عن هذا الإعلان الرسمى مجرد إخطار المدين بكتاب مسجل أو علمه بالحوالة ولو أقر به، إذ متى رسم القانون طريقاً محدداً للعلم فلا يجوز إستظهاره إلا بهذا الطريق (نقض ١٩٧٦/١/٥ س٢٧ ص١٣٢).

هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة[1].

ويجوز أن يقع القبول فى وقت الحوالة أو بعدها، ولا يعتد بالقبول السابق. ويمكن أن يتم القبول فى أى وقت لاحق للحوالة، إلا أنه يشترط أن يكون القبول، شأن الإعلان، فى الوقت المناسب حتى تتحقق الفائدة منه. أما إذا تم القبول أو الإعلان بعد توقيع حجز من دائن المحيل تحت يد المدين أو بعد حوالة نفس الحق للمرة الثانية ونفاذها، فإنه لا يكون مجدياً.

**(جـ) علم المدين بالحوالة :**

إن علم المدين الفعلى بالحوالة لا يكفى فى ذاته لنفاذ الحوالة فى حقه، بل يلزم لذلك توافر العلم القانونى، وهذا العلم- طبقاً لصريح النص- لا يتم إلا بإتخاذ واحد من إجرائين معينين: الإعلان أو القبول. فمن المقرر أنه متى رسم القانون طريقاً محدداً للعلم فلا يجوز استظهاره إلا بهذا الطريق، وبناءاً عليه يستطيع المدين التمسك بعدم نفاذ الحوالة فى حقه لعدم إعلانه بها أو قبوله لها ولو كان يعلم بها فعلاً.

«مفاد ذلك أن القانون حين قرر لنفاذ الحوالة فى حق المدين قبوله لها أو إعلانه بها قد شاء بذلك تحقيق مصالح إفترض وجودها. فإذا تمسك بما رتبه القانون فى هذه الحالة من عدم نفاذ الحوالة فى حقه وجبت على المحكمة أن تحكم له بعدم نفاذها دون أن تطالبه بإثبات مصلحته فى القضاء بذلك».

ومع ذلك إذا علم المدين بالحوالة عن طريق غير طريقى الإعلان والقبول، ثم عمد غشاً وبالتواطؤ مع الدائن القديم (المحيل) إلى الوفاء

---

(١) م٣٦٨ مدنى. السنهورى ص٥٤١

له بالدين وحصل لنفسه مقابل ذلك على الإعفاء من جزء من هذا الدين، فإن هذا الوفاء لا يُعتد به في حق الدائن الجديد (المحال له)، الذى يستطيع، بعد إعلان الحوالة للمدين، مطالبته بالحق المحال به، ويتحمل المدين نتيجة غشه وذلك تطبيقاً لقاعدة الغش يفسد كل شئ.

## الفرع الثاني

## شروط نفاذ الحوالة بالنسبة للغير

الغير هنا لا يقصد به كل شخص أجنبى عن الحوالة لأن هذا الشخص لا علاقة له بأطراف الحوالة، فهى لا تعنيه ولا يتأثر بوجودها أو بنفاذها. وإنما يقصد بالغير كل من يضار بالحوالة لأن له حقاً خاصاً على الحق المحال به، أى أن له فى ذمة المحيل حق خاص على الحق المحال به يتعارض مع الحوالة. مثال ذلك المحال إليه الحق مرة ثانية، الدائن العادى للمحيل الذى يحجز على الحق المحال به تحت يد المحال عليه، دائنو المحيل أصحاب الحقوق الثابتة قبل شهر إعساره، الدائن المرتهن للحق المحال به.

وتنفذ الحوالة فى حق الغير بنفس الإجراءات التى تنفذ بها قبل المدين، أى بقبوله لها أو إعلانه بها[1]. فالإعلان يكفى لنفاذ الحوالة بالنسبة لكل من المدين والغير لأنه يتم بورقة رسمية ومن ثم فهو ثابت التاريخ. أما قبول المدين للحوالة، فإنه وإن كان يكفى لنفاذها فى حقه،

(١) نص المادة ٣٠٥ من القانون المدنى أنه يشترط لنفاذ الحوالة فى حق الغير أن تكون ثابتة التاريخ سواء أعلن بها المدين أو قبلها، ذلك أن الإعلان له تاريخ ثابت حتماً ويكون نفاذها فى حق الغير كنفاذها فى حق المدين من هذا التاريخ ولأنه يشترط بالنسبة لقبول المدين للحوالة ثبوت التاريخ بصريح النص لنفاذها قبل الغير (نقض ١٩٦٧/٤/٢٥ س١٨ ص٨٧٢).

إلا أنه يشترط أن يكون ثابت التاريخ حتى يؤدى إلى نفاذ الحوالة فى مواجهة الغير. والحكمة من إشتراط ثبوت التاريخ هو منع تواطؤ المحيل والمحال عليه للأضرار بالغير من خلال تقديم تاريخ الحوالة، ذلك لأنه عند التزاحم بين المحال له والغير، فإن الأول يقدم إذا كان تاريخ نفاذ حوالته فى حق الغير سابقاً على تاريخ حق هذا الأخير. فإذا تزاحم المحال له مع دائن حاجز أو دائن مرتهن أو محال له ثان، يقدم الأول إذا كان تاريخ نفاذ حوالته فى حق هذا الغير سابقاً على تاريخ الحجز أو الرهن أو نفاذ الحوالة الثانية فى حقه هو.

## الفرع الثالث

## إجراءات خاصة لنفاذ بعض أنواع الحقوق

إذا كانت القاعدة العامة أن حوالة الحق تنفذ بقبول المدين لها أو بإعلانه بها، إلا أن لهذه القاعدة عدة إستثناءات، حيث وضع القانون إجراءات خاصة لنفاذ بعض الحقوق وهى:

١- حوالة أجرة العقارات التى لم تُستحق بعد، أى المعجلة التى تُدفع مقدماً لمدة تزيد على ثلاث سنوات لا تنفذ فى حق الغير إلا إذا كانت مسجلة بالشهر العقارى. فإن هذه الحوالة لا تسرى فى حق الغير (مشترى العقار المؤجر والدائن المرتهن) إلا إذا كانت مسجلة أما إذا كانت الأجرة معجلة عن مدة ثلاث سنوات فأقل، فإن حوالتها تنفذ فى حق الغير بقبول المستأجر الثابت التاريخ أو بإعلانه بها.

٢- يجيز القانون التجارى تحويل الحقوق الثابتة فى الأوراق التجارية (الكمبيالة والسند الإذنى والشيك) بالتظهير أى توقيع المالك على ظهر الورقة بما يفيد الحوالة. فالتظهير يكفى لحوالة الأوراق

التجارية، وتكون هذه الحوالة نافذة فى مواجهة المدين والغير دون حاجة إلى قبول المدين أو إعلانه. وينطبق ذلك على كافة السندات الإذنية سواء تعلق الأمر بالأوراق السابقة أو بسندات أخرى كبوليصة التأمين وبوليصة الشحن وبوليصة التخزين، والسندات المدنية التى تتخذ شكل الأوراق التجارية متى كانت محررة «لإذن أو لأمر» الدائن.

أما السندات والشيكات لحاملها، مدنية كانت أو تجارية، فتكون حوالتها نافذة فى مواجهة الكافة (المدين والغير) بمجرد التسليم المادى، شأن المنقولات المادية، دون حاجة إلى أى إجراء آخر، أى أنه يكفى أن يسلم الدائن المحيل الصك ذاته إلى المحال له.

## المبحث الثاني

## آثار الحوالة

يترتب على الحوالة نشوء علاقات قانونية بين عدة أطراف، أى أن آثار الحوالة تتمثل فى العلاقات التالية: ١- علاقة المحيل بالمحال له، ٢- علاقة المحال له بالمحال عليه، ٣- علاقة المحال عليه بالمحيل، ٤- علاقة المحال له بالغير.

### المطلب الأول

### علاقة المحيل بالمحال له

تنعقد الحوالة بين المحيل والمحال له. وبمقتضاها ينتقل الحق المحال من الأول إلى الثانى، ويلتزم المحيل بضمان الحق المحال.

## الفرع الأول

## إنتقال الحق من المحيل إلي المحال له

### (أ) إنتقال الحق المحال به :

١- يترتب على إنعقاد الحوالة إنتقال الحق من المحيل إلى المحال له، فيصبح هذا الأخير هو الدائن الجديد محل الدائن القديم (المحيل). أى أن المحال له يصبح دائناً بنفس الإلتزام الذى كان للمحيل قِبل المحال عليه.

٢- وينتقل الحق المحال به بطبيعته، مدنياً كان أو تجارياً، وبنفس صفاته ومقوماته وخصائصه[١]، مستحق الأداء أو معلق على شرط أو مضافاً إلى أجل، ثابتاً فى سند تنفيذى، منتجاً لفوائد أو غير منتج لها.

٣- ينتقل الحق بمقداره وتوابعه، فالمحال له يكسب نفس مقدار الحق ويطالب به ولو كان ما دفعه فى شرائه أقل من ذلك[٢]. ومن توابع الحق الأقساط والفوائد الحالة، ولو كانت قد حلت قبل إبرام الحوالة، طالما لم يقبضها المحيل، ما لم يتفق الطرفان على إستبعاد المبالغ المستحقة، قبل إنعقاد الحوالة، من نطاقها.

---

(١) حوالة الحق لا تنشئ إلتزاماً جديداً فى ذمة المدين وإنما هى تنقل الإلتزام الثابت أصلاً فى ذمته من دائن إلى دائن آخر بإعتبار هذا الإلتزام حقاً للدائن المحيل، وينتقل بها الإلتزام ذاته بجميع مقوماته وخصائصه (نقض ١٩٧٧/٣/٢٢ س٢٨ ص٧٣٢).

(٢) بإنعقاد الحوالة بين المحيل والمحال له ينتقل نفس الحق المحال به من المحيل إلى المحال له وبكل قيمته ولو كان المحال له قد دفع فيه ثمناً أقل (نقض ١٩٦٨/٢/٢٢ س١٩ ص٣٥٧).

٤- وينتقل الحق كذلك بضماناته سواء كانت عينية كالرهن أو الإمتياز، أو شخصية ككفالة أو تضامن. مع ملاحظة أنه يلزم للاحتجاج بإنتقال التأمين العينى العقارى إلى المحال له، على الغير، التأشير بالحوالة على هامش القيد الأصلى. أما بالنسبة للكفالة، فلا حاجة لرضاء الكفيل لأنه لن يضار من الحوالة، حيث لم يتغير المدين الأصلى. إلا أنه من اللازم إخطاره بالحوالة حتى يفى بالدين للمحال له لا للمحيل.

ويعد من توابع الحق المحال به وضماناته الدعاوى المتصلة به التى تكون للمحيل قبل المحال عليه، كدعوى الفسخ لعدم دفع الثمن، أى أنه إذا حول البائع حقه فى الثمن إلى شخص آخر، كان للمحال له أن يطالب بفسخ البيع وإسترداد المبيع إذا لم يف المشترى بالثمن، ويعود المبيع، بعد الفسخ، إلى المحال له[1].

---

(١) إذا كانت الحوالة نافذة قبل المحال عليه لإعلانه بها فإن للمحال له أن يقاضيه فى شأن الحقوق المحال بها دون حاجة إلى إختصام المحيل لأن الحق المحال به ينتقل إلى المحال له مع الدعاوى التى تؤكده ومنها دعوى الفسخ لعدم تنفيذ البائع لإلتزامه لأنها تكفل للمشترى أن يسترد الثمن فيعتبر بمثابة ضمان له ينتقل بالحوالة مع حقه المحال به (نقض ١٩٦٨/٢/٢٢ س١٩ ص٣٥٧).

الحق المحال به ينتقل بالحوالة من المحيل إلى المحال له بصفته ودفوعه كما تنتقل معه توابعه ومنها الدعاوى التى تؤكده، وإذا كان الطاعن المحال عليه قد دفع أمام محكمة الإستئناف بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة لعدم وجود عقد إيجار أو أى عقد آخر يربطه بالمطعون عليها وكانت الدعوى الماثلة التى رفعتها المطعون عليها بوصفها محال لها، دعوى تؤكد الحق المحال به فتعتبر من توابعه وتنتقل معه، فإن الحكم المطعون فيه إذا قضى برفض الدفع المشار إليه إستناداً إلى حوالة عقد الإيجار إلى المطعون عليه، يكون قد أصاب صحيح القانون (نقض ١٩٧٨/٥/١٦ س٢٩ ص٢٤٧).

٥- وأخيراً ينتقل الحق إلى المحال له بالدفوع التى تثقله، حيث يحق للمحال عليه أن يتمسك قِبل المحال له بكل الدفوع التى كان له أن يتمسك بها قِبل المحيل، كالدفع بالفسخ أو البطلان أو بإنقضاء الدين، بإستثناء الدفع بالمقاصة، حيث يسقط حقه فيه إذا قبل الحوالة بدون تحفظ.

٦- ويلتزم المحيل بأن يسلم المحال إليه سند الحق المحال وأن يقدم له وسائل إثباته وكل ما هو ضرورى لإستيفائه[١].

**(ب) وقت إنتقال الحق:**

ينتقل الحق المحال فيما بين المتعاقدين المحال والمحال له من وقت الإتفاق على الحوالة. ويترتب على ذلك أنه إذا دفع المدين الدين إلى المحيل إلتزم هذا الأخير برد ما إستوفاه إلى المحال له.

أما بالنسبة للمدين (المحال عليه) والغير، فإن الحق المحال به لا ينتقل إلا من وقت نفاذ الحوالة.

## الفرع الثاني

## إلتزام المحيل بالضمان

يضمن المحيل أفعاله الشخصية، أما بالنسبة لغير ذلك من أسباب الضمان، فإن إلتزامه يتوقف على ما إذا كانت الحوالة بعوض أو بغير عوض.

---

(١) تنص المادة ٣٠٧ مدنى على ذلك بقولها: تشمل حوالة الحق ضماناته، كالكفالة والإمتياز والرهن، كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط.

### (أ) ضمان المحيل لأفعاله الشخصية :

يكون المحيل مسؤولاً عن أفعاله الشخصية، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو إشترط عدم الضمان[1]. مؤدى ذلك أن المحيل يضمن للمحال له في كل الأحوال، جميع أفعاله الشخصية التي تصدر منه بعد إبرام الحوالة، وتؤدى إلى إنقاص الحق المحال به أو إنقضائه.

وعلى ذلك يمتنع على المحيل أن يستوفى الحق المحال به أو يرهنه أو يتنازل عن رهن يضمن الوفاء به أو يحوله مرة أخرى قبل نفاذ الحوالة الأولى. ويكون المحيل مسؤولاً عن تلك التصرفات ولو كانت الحوالة بغير عوض، حتى لو إشترط المحيل عدم الضمان.

### (ب) الضمان فى الحوالة بغير عوض:

إذا كانت الحوالة بغير عوض، فلا يكون المحيل ضامناً حتى لوجود الحق[2]. فإذا كان المحيل قد تبرع بالحق المحال به إلى المحال له، فلا ضمان على المحيل، لأن المتبرع غير ضامن. وليس للمحال له الرجوع على المحيل بالضمان سواء لعدم وجود الحق وقت الحوالة أو لتعذر إستيفائه بسبب إعسار المحال عليه. ولذا لا يستحق أى تعويض عن الحق المحال قبل المحيل لأنه لم يخسر شيئاً من ماله حتى يرجع به على المحيل.

ومع ذلك ينبغى التذكرة بأن المحيل يسأل عن أفعاله الشخصية ولو كانت الحوالة مجانية، ومن جهة أخرى فإن المحال له يستحق تعويضاً فى حالة ما إذا كان المحيل قد تعمد إخفاء سبب إستحقاق الغير للحق المحال به أو كان عالماً بعدم وجوده إلا أنه أخفى ذلك غشاً.

---

(١) م٣١١ مدنى.

(٢) م٢/٣٠٨ مدنى. Mazeaud, chabas, n 1972

يقدر القاضى تعويضاً عادلاً عن الضرر الذى لحق المحال له من الإعتماد على كسب الحق المحال به فى قضاء دين أو إبرام صفقة معينة وأساس التعويض هنا ليس الضمان الناشئ عن عقد الحوالة بل هو الخطأ الذى إرتكبه المحيل بإخفائه الحقيقة عن المحال له حتى ألحق الضرر به(١).

**(جـ) الضمان فى الحوالة بعوض:**

يجب التفرقة بين الضمان القانونى، والضمان الإتفاقى(٢):

**أولاً: الضمان القانونى:** هو الذى ينظمه القانون ويتم إعماله فى حالة عدم وجود إتفاق خاص، فى عقد الحوالة ينظم أحكام الضمان. ويتمثل هذا الضمان فى أن المحيل يضمن وجود الحق وقت الحوالة، ويضمن كذلك توابعه من تأمينات شخصية وعينية. فالمحيل يضمن أن الحق نشأ صحيحاً، وأنه لم ينقض بأى سبب من أسباب الإنقضاء قبل إبرام الحوالة. وبناء عليه يكون المحيل مسؤولاً أمام المحال له إذا كان الحق قد نشأ عن تصرف باطل أو تقرر إبطاله، أو كان قد إنقضى قبل الحوالة بالوفاء أو التجديد أو المقاصة أو الإبراء أو التقادم أو بفسخ التصرف المنشئ له أو كان قد سبق للمحيل أن أحاله إلى شخص آخر بحوالة نافذة.

---

(١) م ١/٤٩٤ مدنى.

(٢) تنص المادة ١/٣٠٨ مدنى على أنه «إذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة، ما لم يوجد إتفاق يقضى بغير ذلك. وتنص المادة ٣٠٩ على أنه «١- لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجد إتفاق خاص على هذا الضمان. ٢- وإذا ضمن المحيل يسار المدين. فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة، ما لم يتفق على غير ذلك».

ولا يضمن المحيل للمحال له إنقضاء الحق[1] بعد الحوالة لأى سبب من الأسباب، كما لو إكتملت مدة التقادم المسقط للحق، طالما لم يكن ذلك السبب راجعاً إلى فعله، وكان الحق قائماً وصحيحاً وقت إنعقاد الحوالة. ولا يضمن المحيل كذلك أن يكون المدين موسراً، بمعنى وجود ما يكفى من الأموال لديه، للوفاء بديونه.

**ثانياً: الضمان الإتفاقى:** يتمثل فى إتفاق الأطراف على وضع تنظيم خاص لأحكام الضمان بالمخالفة للأحكام الواردة فى الضمان القانونى لأن تلك الأحكام لا تتعلق بالنظام العام. وقد يقصد المتعاقدان بإتفاقهما التخفيف من الضمان أو الإعفاء منه أو الزيادة فيه:

فمن صور التخفيف إتفاق المحيل مع المحال له على عدم ضمان توابع الحق. وقد يصل الأمر إلى حد الإعفاء من الضمان كالإتفاق على عدم ضمان وجود الحق ذاته. ويحدث ذلك غالباً فى حالة ما إذا كان الحق متنازعاً فيه، فيقبل المحال له عدم الضمان نظير دفعه ثمن أقل بكثير من قيمة الحق. وكقاعدة عامة فإن الإعفاء من الضمان لا يعفى المحيل من وجوب رد الثمن الذى قبضه، إلا إذا كانت الحوالة عقداً إحتمالياً فلا يرجع المحال له على المحيل بشئ. وتكون الحوالة كذلك إذا كان الحق المحال متنازعاً فيه، وكان المحال له على علم بذلك، وكان الثمن المدفوع فيه أقل بكثير من قيمته. وينبغى ملاحظة أن الإتفاق على إنقاص أو إسقاط الضمان لا يعفى المحيل من المسؤولية عن أفعاله الشخصية.

ومن صور الإتفاق على تشديد الضمان إلتزام المحيل بضمان يسار

---

(١) أو إنقضاء تأميناته بسبب تقصير الدائن مثلاً فى تجديد قيد الرهن.

المدين. ويفسر هذا الإلتزام لمصلحة المدين، أى أن الضمان قاصر على يسار المدين وقت الحوالة، ما لم يتفق الأفراد صراحة على أن المحيل يضمن يسار المدين فى ا[illegible] والمستقبل أى وقت حلول أجل الدين. ولا تمتد مسؤوليته إلى ما بعد ذلك، فلا يسأل المحيل، إذا قصر المحال له فى إستيفاء حقه فى الميعاد، عن إعسار المدين بعد ذلك.

**(د) ما يرجع به المحال له على المحيل :**

إذا رجع المحال له على المحيل بالضمان القانونى أو الإتفاقى، فإن هذا الأخير لا يلتزم كحد أقصى، إلا برد ما إستولى عليه مع الفوائد والمصروفات[1]. ويجب الضمان فى حالة عدم وجود الحق المحال به أو توابعه وقت الحوالة. وكذلك فى حالة إعسار المحال عليه عندما يُتفق على ضمان يساره. ويقتصر حق المحال له فى الرجوع، على مقدار ما دفعه فى مقابل الحق المحال به مع فوائده[2] القانونية من وقت الدفع والمصروفات التى أنفقها فى إبرام الحوالة ونفاذها وفى مطالبة المدين

---

(١) تنص المادة ٣١٠ مدنى على أنه إذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقاً للمادتين السابقتين، فلا يلزم المحيل إلا برد ما إستولى عليه مع الفوائد والمصروفات، ولو وجد إتفاق يقضى بغير ذلك».

(٢) إذ نصت المادة ٣١٠ من القانون المدنى على أنه «إذا رجع المحال له بالضمان على المحيل... فلا يلزم المحيل إلا برد ما إستولى عليه مع الفوائد والمصروفات ولو وجد إتفاق يخالف ذلك، فإن قصد المشرع من هذا النص هو تحديد أقصى ما يرجع به المحال له من تعويض عند تحقق الضمان. وهذا الحكم يغاير الحكم بالمادة ٢٢٦ من القانون المدنى الذى يجرى سريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية إذا كان موضوع الإلتزام مبلغاً من النقود تأخر المدين فى الوفاء به ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يعمل حكم المادة ٢٢٦ من القانون المدنى وقضى للمحال له بالفوائد من تاريخ دفعه مبلغ الحوالة للطاعن وهو المحيل فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (نقض ١١/١/١٩٦٦ س١٧ ص٦٥).

والرجوع بالضمان على المحيل.

ويتعلق الحكم السابق بالنظام العام، ومن ثم لا يجوز الإتفاق على أن يرجع المحال له على المحيل بأكثر مما دفعه مع الفوائد والمصروفات، حتى ولو كان ما تم دفعه أقل من قيمة الدين الإسمية، إلا أنه يجوز الإتفاق على الإعفاء من الضمان أو تخفيفه بجعله قاصراً على أصل المبلغ دون الفوائد والمصروفات.

وقد قصد المشرع بهذا الحكم «قطع السبيل على المرابين الذين يستغلون حاجة الناس فيشترون حقوقهم بأبخس الأثمان، ثم يكفلون لأنفسهم حق الرجوع بها كاملة عليهم إذا لم يستوفوها كاملة من المحال عليهم»، إذ ينبغي أن يتحمل المحال له الغنم والغرم، لأن الحوالة تنطوي على معنى المضاربة في هذه الحالة[1].

ونذكر بأن المحيل يكون دائماً مسؤولاً عن أفعاله الشخصية، ويتعلق هذا الحكم بالنظام العام، ومن ثم يبطل كل إتفاق من شأنه الإعفاء أو التخفيف من هذه المسؤولية. ويستطيع المحال له أن يطالب المحيل بالتعويض عن الضرر الذي لحقه نتيجة إخلاله بإلتزامه بضمان أفعاله الشخصية. ويقدرهذا التعويض وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية،

---

(١) «إن أعمال مبدأ سلطان الإرادة يرد عليه في هذا النطاق قيدان. فيراعى من ناحية أن مدى إلتزام المحيل بالضمان لا يجاوز على وجه الإطلاق رد ما أدى إليه فعلاً مع الفوائد والمصروفات وقد قصد من النص على عدم جواز الإتفاق على خلاف هذا الحكم إلى قطع السبيل على المرابين. ويراعى من ناحية أخرى أن إشتراط الإعفاء من المسؤولية عن ضمان الإستحقاق يقع باطلاً إذا كان هذا الإستحقاق يرجع إلى فعل المحيل نفسه... وليس هذا الحكم سوى تطبيق للقواعد المقررة بشأن ضمان الإستحقاق بوجه عام» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٢٧).

ومن ثم فهو يشمل كل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، أى قيمة الحق المحال به كاملة ولو زادت على ما دفعه فيه من ثمن، بالإضافة إلى التعويض عن أى ضرر آخر مباشر ومتوقع[1].

## المطلب الثانى

## علاقة المحال له بالمحال عليه

تختلف آثار الحوالة فيما بين المحال له والمحال عليه قبل النفاذ عنها بعد النفاذ.

### (أ) علاقة المحال له بالمحال عليه قبل نفاذ الحوالة :

١- القاعدة أنه قبل نفاذ الحوالة فى حق المحال عليه بقبوله لها أو بإعلانه بها لا تنشأ بينه وبين المحال له أية علاقة. فالمحال عليه يظل مديناً للمحيل (الدائن الأصلى). وتبرأ ذمته بالوفاء له بالدين. وليس للمحال له أن يطالبه بالوفاء.

٢- ومع ذلك أجاز المشرع للمحال له أن يتخذ من الإجراءات التحفظية ما هو واجب للمحافظة على الحق المحال به[2]. فيجوز له

---

(١) حق المحال له فى التعويض لا يقتصر- فى حالة ضمان المحيل لأفعاله الشخصية وفقاً للمادة ٣١١ من القانون المدنى- على استرداد ما دفعه للمحيل عوضاً عن الحق المحال به مع الفوائد والمصروفات كما هو الحال عندما يتحقق الضمان طبقاً للمادتين ٣٠٨ و٣٠٩ من القانون المدنى بل يكون التعويض كاملاً يشمل قيمة هذا الحق كلها ولو زادت على ما دفعه المحال له للمحيل ويشمل أيضاً التعويض عن أى ضرر آخر يلحق بالمحال له من جزاء فعل المحيل.

(نقض ١٩٦٧/٢/٩ س١٨ ص٣٢٥).

(٢) فطبقاً للمادة ٣٠٦ مدنى «يجوز قبل إعلان الحوالة أو قبولها أن يتخذ الدائن المحال له من الإجراءات ما يحافظ به على الحق الذى إنتقل إليه».

توقيع الحجز التحفظى تحت يد المحال عليه، وله أن يقيد الرهن الضامن للحق المحال به أو يجدد هذا القيد، وله أن يقطع التقادم عن طريق الحصول من المدين على إقرار بحق الدائن المحيل، أو عن طريق المطالبة القضائية بهذا الحق. والجدير بالذكر أن هذه المطالبة من شأنها أن تجعل الحوالة نافذة فى مواجهة الكافة.

٣- ومن جهة أخرى فإنه بالرغم من عدم نفاذ الحوالة فى حق المحال عليه، فإنه يستطيع الوفاء بالدين للمحال له. ويكون هذا الوفاء صحيحاً ومبرئاً لذمته، حيث يعد بمثابة قبول ضمنى للحوالة. ويمتنع عليه، إذا علم بالحوالة، الإتيان بأى عمل ينطوى على غش ويؤدى إلى الإضرار بحقوق المحال له، كما لو قام بالوفاء بالدين للمحيل غشاً وتواطؤاً.

**(ب) علاقة المحال له بالمحال عليه بعد نفاذ الحوالة :**

**أولاً:** يترتب على نفاذ الحوالة إنتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له فى مواجهة المحال عليه، ويصبح هذا الأخير مديناً لدائن واحد هو المحال له، ولا تبرأ ذمته إلا بالوفاء له. ولا يستطيع المحيل أن يطالبه بالدين. وللمحال له أن يجبر المحال عليه على الوفاء له بالحق كاملاً.

**ثانياً:** وينتقل الحق بالحالة التى يكون عليها وقت الإعلان أو القبول، أى وقت نفاذ الحوالة فى مواجهة المدين. فهو ينتقل إلى المحال له بصفته وملحقاته وتوابعه وضماناته التى كانت له فى هذا الوقت، هذا بالإضافة إلى الدفوع والتكاليف التى تثقله آنذاك.

وقد سبق أن تعرضنا لإنتقال الحق وتوابعه، أما بالنسبة للدفوع

فإن المحال عليه يستطيع التمسك بنوعين من الدفوع فى مواجهة المحال له[1].

١- يستطيع المحال عليه التمسك فى مواجهة المحال له بالدفوع التى كان يمكنه التمسك بها قِبل المحيل وقت إعلان الحوالة أو قبولها، كالدفوع التى ترجع إلى بطلان الحق أو إنفساخه أو إنقضائه بالوفاء أو بالتقادم أو الإبراء أو لسبب آخر، حيث يجوز أن يكون الحق المحال به قد إنقضى وقت نفاذ الحوالة. حتى لو كان موجوداً وقت إبرامها. وكذلك الدفوع التى تتعلق بعدم حلول أجل الدين أو عدم تحقق الشرط الواقف المعلق عليه، أو بتحقق شرط فاسخ يؤدى إلى زوال الحق.

مؤدى ذلك أن المحال عليه يمكنه التمسك بالدفوع التى كانت موجودة وقت الحوالة، وتلك التى ينشأ سببها فى الفترة ما بين إنعقاد الحوالة ونفاذها، حتى ولو ترتب حكم هذه الدفوع فيما بعد، كما لو كان الحق معلق على شرط فاسخ ولم يتحقق هذا الشرط إلا بعد نفاذ الحوالة. ويرد على هذه القاعدة إستثناء خاص بالمقاصة، حيث لا يجوز للمحال عليه أن يتمسك قِبل المحال له بالمقاصة التى كان يمكنه التمسك بها قبل قبوله الحوالة، إذا تم هذا القبول دون تحفظ. أما إذا تم إعلان المحال عليه بالحوالة، فيظل حقه قائماً فى التمسك بالمقاصة.

٢- ويجوز للمحال عليه كذلك أن يتمسك بالدفوع التى ترجع إلى عقد الحوالة ذاته، فله أن يتمسك ببطلان الحوالة، ولكنه لا يستطيع

---

(١) تنص المادة ٣١٢ مدنى على أنه: للمدين أن يتمسك قِبل المحال له بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها قِبل المحيل وقت نفاذ الحوالة فى حقه، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة».

التمسك بقابليتها للإبطال لأن الإبطال لم يتقرر لمصلحته. وله كذلك أن يتمسك بصورية الحوالة إن كانت له مصلحة فى ذلك، وله أن يثبتها بكل الطرق.

**(جـ) حق المحال عليه فى التخلص من مطالبة المحال له:**

الأصل أن من حق المحال له مطالبة المحال عليه بالقيمة الإسمية للحق المحال به، ولو كان الثمن الذى دفعه أقل من ذلك. ولكن المشرع أجاز للمدين (المحال عليه)، فى حالة ما إذا كان الحق المحال به متنازعاً فيه، ألا يفى بكل هذا الحق، بل يقتصر على دفع الثمن الذى دفعه المحال له مع الفوائد والمصاريف[1].

ويرمى المشرع من وراء هذا الحكم إلى منع المضاربة على الحقوق المتنازع فيها وتلافى المنازعات القائمة بشأنها. لذا يجب أن يكون الحق متنازعاً فيه بالفعل، أى قام بشأنه نزاع جدى أو رفعت به دعوى ويكون المحال له على علم بهذا النزاع.

## المطلب الثالث

## علاقة المحيل بالمحال عليه

١- قبل قبول المحال عليه الحوالة أو إعلانه بها أى قبل نافذها فى مواجهته، يستطيع المحيل بوصفه الدائن الوحيد له أن يتخذ الإجراءات التحفظية للمحافظة على حقه قبله، كقطع التقادم، وقيد الرهن أو تجديد قيده. وقد رأينا أن للمحال له القيام بتلك الإجراءات فى نفس الوقت.

---

(١) وتنص المادة ١/٤٦٩ مدنى على ذلك بقولها «إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع».

ويستطيع المحيل كذلك أن يقتضى الحق من المدين، وليس لهذا الأخير أن يرفض الوفاء، ولكنه يستطيع دفع هذه المطالبة عن طريق المبادرة إلى قبول الحوالة حتى يجعلها نافذة فى حقه، ويقوم بالوفاء بالدين إلى المحال له. وإذا قام المدين بالوفاء للمحيل كان وفاؤه صحيحاً ومبرئاً لذمته.

ويستطيع المحيل أيضاً أن يتصرف فى الحق المحال به، لأنه لا يزال صاحبه فى مواجهة المدين والغير، فله أن يحيل الحق مرة أخرى إلى شخص آخر أو أن يرهنه. وله أن يقضى هذا الحق بالإبراء أو التجديد أو المقاصة أو غير ذلك من أسباب الإنقضاء، ولا يكون للمحال له فى هذه الحالات سوى الرجوع على المحيل بالضمان. وأخيراً فإن لدائن المحيل توقيع الحجز التحفظى على الحق المحال به تحت يد المحال عليه.

٢- أما بعد نفاذ الحوالة فى حق المحال عليه بقبوله لها أو بإعلانه بها، فإن المحال له يصبح هو الدائن الوحيد، ويصبح المحيل أجنبياً بالنسبة للمحال عليه. فلا يستطيع المحيل أن يستوفى الدين منه. وليس له التصرف فيه، ولا يستطيع دائنوه توقيع الحجز على الحق المحال به بين يديه. ولا يجوز للمحال عليه الوفاء للمحيل بالدين، وإذا تم هذا الوفاء فإنه لا يكون مبرئاً لذمته.

## المطلب الرابع

## علاقة المحال له بالغير

الغير الذى يثور تحديد علاقة المحال له به هو إما محال له آخر بنفس الحق المحال به حيث يراد معرفة من منهما يفضل على الآخر، وإما دائن المحيل إذا أوقع حجزاً تحت يد المحال عليه.

**(أ) التنازع بين المحال لهم:**

إذا أحال الدائن حقه، على التوالى، إلى أكثر من شخص، فإن المفاضلة بينهم، فى حالة التنازع، تكون على أساس الأسبق فى تاريخ نفاذ حوالته فى حق الغير، أى يفضل منهم من تنفذ حوالته فى حق الغير قبل الآخرين[1]، ولو كان حوالته لاحقة فى الوجود على حوالاتهم. وعلى ذلك يفضل المحال له الذى سبق الآخرين فى إعلان المحال عليه بحوالته، أو فى إثبات تاريخ قبوله للحوالة، إذ العبرة بالأسبق فى النفاذ فى حق الغير، وليس بتاريخ إنشاء الحوالة، لذا قد تفضل حوالة لاحقة فى الإنعقاد على أخرى نشأت أولاً لأنها أسبق فى النفاذ.

ولكن تلك القاعدة مشروطة بعدم وجود غش، لأن الغش يفسد كل شئ. فإذا تمت الحوالة الثانية بالتواطؤ بين المحيل والمحال له بقصد الإضرار بالمحال له الأول، وجب تفضيل هذا الأخير، ولو كان إعلان حوالته للمدين لاحقاً لقبوله الحوالة الثانية أو إعلانه بها.

**(ب) التنازع بين المحال له وكل من: الدائن المرتهن ودائن المحيل المفلس أو المعسر:**

١- ويطبق نفس المعيار السابق أى الأسبقية فى النفاذ، فى هذه الحالة أيضاً. وعلى ذلك إذا قام التنازع بين المحال له والدائن المرتهن، تكون المفاضلة بينهما على أساس الأسبق منهما فى النفاذ. فإذا نفذت الحوالة فى حق الغير قبل الرهن، فإن الحق المحال به ينتقل إلى المحال له خالياً من الرهن، أما إذا نفذ الرهن قبل نفاذ الحوالة، فإن الحق ينتقل

(١) تنص المادة ٣١٣ مدنى على أنه «إذا تعددت الحوالة بحق واحد فضلت الحوالة التى تصبح قبل غيرها نافذة فى حق الغير».

إلى المحال له محملاً به.

٢- وإذا حوال الدائن الحق الذى له فى ذمة مدينه إلى شخص آخر وصدر حكم بشهر إفلاس هذا الدائن المحيل قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير، فإن دائنى المحيل المفلس يعتبرون من الغير بالنسبة إلى هذه الحوالة، ولا تكون نافذة فى حقهم. ويظل الحق المحال به ضمن أموال التفليسة. ويدخل المحال له، بما له من حق الرجوع على المحيل، ضمن الدائنين ويقاسم دائنى المحيل قسمة الغرماء.

٣- أما بالنسبة للإعسار، فمن المقرر أنه بعد شهر إعسار المدين، لا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف يصدر منه، منذ تاريخ تسجيل صحيفة دعوى الإعسار، يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى إلتزاماته، كما لا يسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين[١].

وبناء على ذلك فإن الحوالة التى تصدر من المحيل المعسر بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار، لا تسرى فى حق دائنيه. وإذا أبرمت الحوالة قبل تسجيل الصحيفة، ولكنها لم تصبح نافذة فى حق الغير إلا بعد ذلك، أى أن الحوالة لم تعلن إلى المحال عليه أو لم يثبت تاريخ قبولها إلا بعد تاريخ تسجيل صحيفة دعوى الإعسار، فإن الحوالة لا تكون نافذة فى حق دائنى المحيل المعسر بوصفهم من الغير بالنسبة لها، ويظل الحق المحال به فى الضمان العام للدائنين بما فيهم المحال له بما له من حق الرجوع بالضمان على المحيل.

---

(١) م٣٥٧ مدنى.

### (جـ) التنازع بين المحال له والدائن الحاجز[1]:

يمكن تصور فروض ثلاثة للتنازع بين المحال له والدائن الحاجز :

**الأول:** أن يتم الحجز بعد نفاذ الحوالة فى حق الغير، أى أن المحال له يقوم بإعلان الحوالة للمدين أو يحصل منه على قبول ثابت التاريخ لها، ثم يقوم بعد ذلك أحد دائنى المحيل بتوقيع الحجز على الحق المحال به بين يدى المدين، فى هذه الحالة لا أثر للحجز لأنه وقع على حق غير مملوك للمدين. بل أصبح مملوكاً لشخص آخر هو المحال له، ويكون الحجز باطلاً لإنعدام محله.

**الثانى:** أن يتم توقيع الحجز قبل نفاذ الحوالة، أى أن دائن المحيل يقوم بالحجز على الحق المحال به تحت يد المحال عليه قبل إعلانه بالحوالة أو ثبوت قبولها لها. فى هذا الفرض يقع الحجز صحيحاً وينتج أثره القانونى، لأن الحق المحجوز عليه كان، بالنسبة للدائن الحاجز، وقت توقيعه الحجز، لازال ملك المحيل لم ينتقل منه إلى المحال له.

فإذا قام المحال له بإتخاذ إجراءات نفاذ الحوالة بعد الحجز، أى قام بإعلان المحال عليه بالحوالة أو بإثبات تاريخ قبوله لها، فإن الحوالة لا تنقل الحق المحال به إلى المحال له لتعلق حق الدائن الحاجز به، ولكنها تعتبر بمثابة حجز ثان متأخر أوقعه المحال له على الحق المحال به، ويعامل المحال له معاملة الدائن الحاجز. ومن المقرر فى هذا الصدد المساواة بين الدائنين الحاجزين لا فرق بين حاجز متقدم وآخر متآخر، وعلى ذلك فإذا لم يكن المال المحجوز عليه كافياً للوفاء بحق كل من

---

(١) تنص المادة ٣١٤ مدنى على أنه « ١- إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر. ٢- وفى هذه الحالة، إذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة فى حق الغير، فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة».

الدائن الحاجز والمحال له، فإن هذا المال يقسم بينهما قسمة غرماء كل بنسبة حقه.

**الثالث:** أن تقع الحوالة بين حجزين، أحدهما سابق على نفاذ الحوالة، والآخر لاحق لهذا النفاذ، أى أن أحد دائنى المحيل يوقع الحجز على الحق المحال به تحت يد المحال عليه قبل صيرورة الحوالة نافذة فى حقه، ثم تصير الحوالة نافذة فى حق الغير، ثم يوقع دائن آخر حجزاً على ذات الحق المحال به بعد نفاذ الحوالة.

فى هذه الحالة يقسم الدين بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة. فالمشرع بهذا الحل أراد التوفيق بين عدة إعتبارات: المساواة بين الحجز المتقدم والحجز المتأخر لأن كل الحجوز تتساوى ولا محل لتفضيل أحدهما على الآخر، المساواة بين الحجز الأول والحوالة لأنها بمثابة حجز ثان، تفضيل الحوالة على الحجز المتأخر لأنها أصبحت نافذة قبله، ومن ثم يجب ألا يضار المحال له بالحجز المتأخر لأن الحوالة السابقة تفضله.

فإذا فرض مثلاً أن حق المحيل قبل المحال عليه مقداره ٤٠٠٠، وكان حق الحاجز المتقدم ٣٠٠٠، وحق المحال له ٢٠٠٠ قسم الحق بين الدائن الحاجز والمحال له قسمة غرماء، فينال الأول ٢٤٠٠، وينال الثانى ١٦٠٠. أما إذا وقع حجز متأخر بعد نفاذ الحوالة بدين قدره ٣٠٠٠، فإن المبلغ يقسم بين الثلاثة قسمة غرماء، وتكون أنصبتهم كما يلى: ١٥٠٠ لكل من الحاجز المتقدم والحاجز المتأخر و ١٠٠٠ للمحال له. ثم يستكمل للمحال له قيمة الحوالة من حصة الحاجز المتأخر، فتنزل حصة هذا الأخير إلى ٥٠٠، وتصبح حصص الثلاثة نهائياً هى ١٥٠٠ للحاجز الأول، ٢٠٠٠ للمحال له، ٥٠٠ للحاجز المتأخر.

# الفصل الثانى
# حوالة الدين

**المقصود بحوالة الدين :**

حوالة الدين هى الإتفاق الذى يتم بمقتضاه نقل الدين من المدين الأصلى إلى شخص آخر يتحمل عنه هذا الدين. ويسمى الشخص الذى يتحمل بالدين المدين الجديد أو المحال عليه. أى أن الدائن يظل كما هو ولكن شخص المدين هو الذى يتغير.

وحوالة الدين نظام إسلامى بحت وإن كان له نظير فى الشرائع الجرمانية، كالقانون الألمانى والقانون السويسرى، التى تأخذ بالنزعة المادية للإلتزام، أما الشرائع ذات النزعة الشخصية، كالقانون الفرنسى، فلا تعرف حوالة الدين.

ولحوالة الدين تطبيقات كثيرة فى الحياة العملية حيث تحقق أغراضاً مختلفة، كما فى حالة إرتباط الإلتزام بعين أو بمجموع من المال، مما يقتضى إنتقال هذا الإلتزام مع إنتقال العين أو المجموع من المال من شخص إلى آخر. فإذا كان المنزل مؤمناً عليه وتم بيعه، فإن إلتزام البائع بدفع أقساط التأمين ينتقل مع المنزل من البائع إلى المشترى. والإلتزامات المعلقة بالمحل التجارى تنتقل معه، كما تنتقل الحقوق، من المالك الأصلى إلى المالك الجديد. وقد ينزل أحد العاقدين فى عقد ملزم للجانبين، كمقاولة أو إيجار، عن هذا العقد إلى الغير، فتكون حوالة الدين هى الوسيلة المناسبة للنزول عن الإلتزامات، كما

تكون حوالة الحق وسيلة النزول عن الحقوق المتولدة عن هذا العقد. وقد تستخدم الحوالة للوفاء، حيث يتفق المدين مع دائنه على أن يحل الأول محله في الدين الذى يثقله قِبل دائنه (دائن الدائن)، ويكون هذا الحلول بمثابة وفاء لدينه نحو دائنه.

نقسم هذا الفصل إلى مبحثين: نخصص الأول لإبرام الحوالة، والثانى لآثارها.

## المبحث الأول

## إبرام حوالة الدين

حوالة الدين إتفاق بين طرفين على نقل الإلتزام من ذمة المدين إلى ذمة مدين جديد يسمى المحال عليه، ومن ثم تخضع كغيرها من العقود للنظرية العامة للعقد أو هى بهذا الوصف يجب أن تتوافر فيها جميع شرائط أى إتفاق من أهلية ورضاء ومحل وسبب.

وحوالة الدين قد تكون بمقابل، إذ قد يكون المحال عليه مديناً للمحيل، فيتحمل عن هذا الأخير دينه قِبل دائن المحيل. وقد يقصد المحال عليه التبرع بتحمل دين المحيل قِبل دائن هذا الأخير.

وتتحقق حوالة الدين إما بإتفاق بين المدين الأصلى والمدين الجديد (المحال عليه)، وأما بإتفاق بين الدائن والمحال عليه.

---

(١) Mestre. cha ngement de debiteur. R. T. D. C. 1991. Aynés. La cession de contrat. D. 1982, 416.

## المطلب الأول

## إتفاق المدين الأصلى والمحال عليه

### (أ) إنعقاد الحوالة بالإتفاق:

«تتم حوالة الدين بإتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين»[1]. فالحوالة تنعقد بين المدين الأصلى والمحال عليه، وترتب آثارها فيما بينهما، دون تدخل الدائن، فرضاء الدائن ليس ركناً فى حوالة الدين، ولكنه ضرورى لنفاذها. ومتى تم الإتفاق على هذا النحو، فإنه يصبح ملزماً للمدين الجديد، ولا يجوز له التحلل منه إلا بإتفاق آخر بينهما، وبشرط أن يتم ذلك قبل إقرار الدائن للحوالة.

وعلى ذلك «فالإتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه ينتج أثرين أحدهما شخصى والآخر عينى. فهو كإتفاق منشئ لروابط شخصية يرتب إلتزامات بين المدين الأصلى والمحال عليه تصل من المدى إلى ما يبلغه المتعهد بتأدية الدين، وبخاصة يرتب إلتزاماً فى ذمة المحال عليه أن يؤدى الدين بدلاً من المدين الأصلى، فيضمن لهذا أية مطالبة يوجهها إليه الدائن. ولكن دون أن يلتزم بالحصول على إبراء ذمة المدين الأصلى قبل حلول الدين. أما الأثر العينى فهو إنتقال الدين من ذمة المدين الأصلى إلى ذمة المحال عليه».

### (ب) إقرار الدائن للحوالة :

إذا كان إنعقاد الحوالة يتم بمجرد الإتفاق بين المدين والمحال عليه،

---

(١) م٣١٥ مدنى.

إلا أنها لا تكون نافذة فى مواجهة الدائن إلا إذا أقرها[1]. فرضاء الدائن ليس شرطاً لإنعقاد الحوالة ولكنه ضرورى لنفاذها. وإشتراط إقرار الدائن للحوالة أمر طبيعى، ذلك أن تغيير المدين أمر خطير لأن شخصيته ذات إعتبار كبير فى الإلتزام، إذ أن قيمة الإلتزام تتوقف على شخصية المدين من حيث ملاءته وحرصه على الوفاء بديونه.

فلابد لنفاذ الحوالة فى حق الدائن من اقراره لها. ولا يكفى أن يعلن بها الدائن كما فى حوالة الحق، فالدائن لا يجبر على تغيير مدينه، بل أن له الخيار بين إقرار الحوالة أو رفضها. وإذا صدر الإقرار كان له أثراً رجعياً أى يستند أثره إلى تاريخ إنعقاد الحوالة. ويعتبر المحال عليه، فى علاقته بالدائن، خلفاً خاصاً للمحيل منذ ذلك التاريخ.

وليس للإقرار شكل خاص، فهو قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً. ومن صور الإقرار الضمنى مطالبة الدائن للمدين الجديد بالدين، أو أن يستوفى منه الدين مباشرة، أو أن يمنحه أجلاً للوفاء به. وللدائن أن يقر الحوالة إذا ما علم بها من نفسه ولو لم يكن قد سبق إعلانه بها.

وإقرار الدائن للحوالة يعتبر تصرفاً قانونياً من جانب واحد، يمكن أن يصدر فى أى وقت بعد إنعقاد الحوالة، ولو قبل إعلانه بها. ولا ينتج الإقرار أثره إلا بوصوله إلى المدين(المحال عليه). وليس للدائن أن يتمسك بالحوالة قبل أن يصل إقراره إلى علم أى منهما، وعلى هذا الإعتبار يكون لطرفى الحوالة أن يعدلا فيها أو يعدلا عنها قبل وصول

---

(١) تنص المادة ٣١٦ مدنى على أنه «١- لا تكون الحوالة نافذة فى حق الدائن إلا إذا أقرها. ٢- وإذا قام المحال عليه أو المدين الأصلى بإعلان الحوالة إلى الدائن وعين له أجلاً معقولاً ليقر الحوالة، ثم إنقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار، إعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة.

هذا الإقرار إلى أحدهما. وقد يلتزم الدائن الصمت دون أن يعرب عن موقفه من الحوالة، هنا يجوز لأى من طرفيها، بهدف الخروج من هذا الموقف غير المستقر، أن يقوم بإعلان الدائن بالحوالة، ويحدد له فى الوقت ذاته أجلاً معقولاً لبيان موقفه منها، فإذا إنقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار، إعتبر سكوته رفضاً للحوالة.

وإذا رفض الدائن الحوالة كانت غير نافذة فى حقه، ولا يمكن إجباره على قبولها ولو كان حقه بعدها مكفول الوفاء. وتظل الحوالة، بعد الرفض، قائمة بين المدين الأصلى والمحال عليه، ويلتزم الثانى تجاه الأول بالوفاء للدائن عند حلول الدين، إلا أن المحال عليه لا يكون مسؤولاً مباشرة قبل الدائن، لذا لا يجوز لهذا الأخير إجباره على الوفاء. أضف إلى ذلك أنه إذا رفض الدائن الحوالة، فلا يجوز له العودة إلى إقرارها بعد الرفض.

**(جـ) حالة بيع العقار المرهون[(١)]:**

لا يترتب على بيع العقار المرهون إنتقال الدين المضمون بالرهن

(١) تتناول هذه المادة صورة عملية بالغة الأهمية، تعرض عند التصرف فى عقار مرهون، مع تحمل الخلف بالدين الذى أنشئ الرهن لضمان الوفاء به. فالواقع أن إنشاء رهن رسمى لضمان الوفاء بالدين يجعل عنصر المسؤولية العينية أغلب من عنصر المسئولية الشخصية، وبعبارة أخرى يصبح حق الرهن الرسمى فى هذه الحالة أصلاً، ولا يكون لمسؤولية المدين الشخصية عن الدين إلا منزلة الفرع من حيث التبعية. والغالب أن من يتصرف فى العقار المرهون يقصد إلى نقل الدين إلى الخلف والتحلل من المسؤولية عنه، فليس أسوأ من مركز مدين يظل مسؤولاً عن الدين شخصياً فى خلال فترة طويلة بعد أن يكون قد تصرف فى العقار الذى رهن لضمان الوفاء بهذا الدين. فإذا إنصرفت نية المتصرف إلى التخلص من الدين أمكن أن يترتب على الحوالة التى تتم على هذا الوجه أن يصبح الخلف مسؤولاً عن الدين مسؤولية عينية ومسؤولية شخصية فى آن واحد. =

إلى المشترى. بل يظل البائع مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين، ويصبح المشترى مسؤولاً مسؤولية عينية عن هذا الدين، لأن العقار ينتقل إليه محملاً بالرهن، وللدائن حق تتبع العقار للتنفيذ عليه إقتضاءاً لحقه.

ولكن يجوز أن يتفق البائع والمشترى على حوالة الدين، فى هذه الحالة يصبح المشترى مسؤولاً عن الدين مسؤولية عينية ومسؤولية شخصية فى آن واحد بعد أن انتقلت إليه ملكية العقار المرهون. فإذا تم تسجيل عقد البيع[1]، جاز لأى من البائع أو المشترى أن يعلن الحوالة

= وهو بهذه المثابة يسأل فى جميع أمواله، إذا لم يكن العقار المرهون الذى آل إليه كافياً للوفاء بحق الدائن. بيد أن مثل هذا الوضع، قد يستتبع أحياناً تعريض الدائن لخطر جدى، ولاسيما إذا كان متأخراً فى المرتبة وكان فى شك من إستيفاء حقه من ثمن العقار المرهون فأولى به فى هذه الحالة أن يبقى على دعواه قبل مدينه الأصلى، متى كان مأمون اليسار، من أن يرجع بهذه الدعوى على الخلف وقد لا يتوافر فيه من ضمانات الملاءة ما يتوافر لدى الأصيل. ومؤدى هذا أن مصالح الدائن قد تستهدف للخطر كلما كان نصيب المسؤولية الشخصية من الأهمية أعظم من نصيب المسؤولية العينية كما هو الشأن فى الحالة الأخيرة، وقد قصد المشرع إلى التوفيق بين مصلحة الدائن ومصلحة المتصرف- ومن الواجب أن يصفى مركزه ما أمكن حتى لا يطول أمد بقاء مسؤوليته عن الدين المضمون بالرهن بعد بيع العقار المرهون- فقضى بإعتبار الدائن مقراً بالحوالة، إذ لم يقم برفضها خلال ستة أشهر من إعلانه بها إستثناء من أحكام القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٦٦١).

(١) فيراعى من ناحية أنه لا يجوز إعلان الحوالة قبل التسجيل وينهض لتوجيه هذا القيد أن المشرع قد قصد إلى تحاشى الفصل بين المسؤولية الشخصية والمسؤولية العينية عن الدين ما أمكن وأن من مصلحة المشترى أن تمتنع عن الدائن مطالبته بمقتضى المسؤولية الشخصية قبل أن تترتب مسؤوليته العينية، فيما لو أعلن بالحوالة من قبل. أما فيما يتعلق بالجزاء الذى يكفل نفاذ هذا الحكم، فقد تعرض للذهن صورتان: فيجوز أن يعتبر الإعلان السابق على التسجيل غير ذى أثر فى بدء سريان الميعاد الحتمى المنصوص=

رسمياً للدائن، الذى يلتزم بقبولها أو رفضها خلال ستة أشهر من تاريخ الإعلان. فإذا إنقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأى إعتبر سكوته إقراراً[1].

وقد خرج المشرع بذلك عن القواعد العامة السابق ذكرها من ناحيتين: فهو من جهة حدد المدة التى يلتزم فيها الدائن ببيان موقفه، ومن جهة أخرى إعتبر سكوت الدائنين إقراراً للحوالة لا رفضاً لها. والحكمة من ذلك هى التوفيق بين مصلحة كل من المدين الراهن والدائن المرتهن من خلال الجمع بين المسؤولية الشخصية والمسؤولية العينية فى شخص المشترى، وحسم مركز المدين حتى لا يطول أمد بقاء مسؤوليته عن الدين المضمون بالرهن بعد بيع العقار المرهون.

## المطلب الثانى

## إتفاق الدائن والمحال عليه

يجوز أيضاً أن تتم حوالة الدين بإتفاق بين الدائن والمحال عليه يتقرر فيه أن هذا يحل محل المدين الأصلى فى إلتزامه، وعلة ذلك أنه

---

= عليه فى هذه المادة، وعلى هذا لا يبدأ سريان هذا الميعاد إلا من تاريخ التسجيل- ويجوز أن يعتبر هذا الإعلان غير ذى أثر بالنسبة للمشترى، بيد أن الصورة الأولى هى الأولى بالقبول، نظراً لتمشيها مع وجوب أعمال التصرفات القانونية كلما تيسر ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٦٣).

(١) تنص المادة ٣٣٢ مدنى على أنه «١- لا يستتبع بيع العقار المرهون رهناً رسمياً إنتقال الدين المضمون بالرهن إلى ذمة المشترى، إلا إذا كان هناك إتفاق على ذلك. ٢- فإذا إتفق البائع والمشترى على حوالة الدين، وسجل عقد البيع تعين على الدائن متى أعلن رسمياً بالحوالة أن يقرها أو يرفضها فى ميعاد لا يتجاوز ستة أشهر، فإذا إنقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأى إعتبر سكوته إقراراً».

يجوز لأجنبى أن يفى بالدين دون رضاء المدين[1]. فإذا إتفق شخص مع الدائن على أن ينقل الدين من المدين الأصلى إلى ذمته هو، فإن الدين ينتقل بهذا الإتفاق، وتبرأ ذمة المدين الأصلى، ولا يشترط رضاء الأخير بالحوالة فى هذه الصورة، فهى تنعقد صحيحة سواء أقرها أو مانع فيها، علم بها أم لم يعلم، وذلك أنها تتمخض لمصلحته، إذ يترتب عليها أن تبرأ ذمته من الإلتزام[2].

ولا يشترط لإنعقاد الحوالة فى هذه الصورة شكل خاص[3]. إذ يكفى مجرد الإتفاق بين الدائن والمحال عليه، وهنا لا يشترك المدين الأصلى فى العقد، فتنعقد الحوالة وتنفذ فى حقه بدون موافقته.

---

(١) م٣٢١، ٣٢٣ مدنى.

(٢) مفاد المواد ٣١٥ و٣١٦ و٣٢١ من القانون المدنى أن حوالة الدين تتحقق إما بإتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه الذى يصبح بمقتضاه مديناً بدلاً منه ولا ينفذ فى مواجهة الدائن بغير إقراره، وإما بإتفاق بين الدائن والمحال عليه بغير رضاء المدين الأصلى (نقض ١٩/٤/١٩٧٨ س٢٩ ص١٠٣١).

(٣) يجوز أن تتم حوالة الدين وفقاً لنص المادة ٣٢١ من القانون المدنى فى صورة إتفاق مباشر بين الدائن والمحال عليه يتحول الدين بمقتضاه من ذمة المدين القديم إلى ذمة المدين الجديد دون حاجة إلى رضاء المدين القديم، وإذا كان القانون لم يتطلب فى هذا الإتفاق شكلاً خاصاً فإنه يكفى أى تعبير عن الإرادة. يدل على تراضى الطرفين وإتجاه نيتهما إلى أن المدين الجديد يحل محل المدين الأصلى فى إلتزامه ولو كان هذا التراضى ضمنياً. وإذا إلتزام الحكم المطعون فيه هذا النظر وإنتهى- فى إستخلاص سائغ إلى أن ثمة إتفاق بين الطاعن والمطعون ضدها الدائنة تراضى فيه الطرفان ضمناً على أن يتحمل الطاعن دين المدين الأصلى- شقيقة- وكان إستظهار نية المتعاقدين وإستخلاصها من أوراق الدعوى وظروفها مما تستقل به محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله، فإن ما ينعاه الطاعن يكون على غير أساس. (نقض ٣١/٥/١٩٧٦ س٢٧ ص١٢٤٠).

«وتسرى القواعد العامة بشأن إثبات إنعقادها. كما أن الرضاء فيها قد يكون صريحاً أو ضمنياً. بيد أنه يشترط على أى حال أن يفرغ رضاء الطرفين بحيث يتيسر للدائن أن يفهم أن المحال عليه لم يقصد إلى الإشتراك فى المسؤولية عن الدين، أو إلى الإلتزام به على سبيل التضامن، بل إلى إحلال نفسه محل المدين الأصلى فى أدائه».

## المبحث الثاني

## آثار حوالة الدين

يمكن التعرف على آثار الحوالة من خلال بحث العلاقات المتنوعة التى تنشأ عنها وهى: علاقة الدائن بالمحال عليه، علاقة الدائن بالمدين الأصلى،علاقة المدين الأصلى بالمحال عليه.

### المطلب الأول

### علاقة الدائن بالمحال عليه

تنشأ العلاقة بين الدائن والمحال عليه بعد إبرام الحوالة بين المدين والمدين الجديد، ونفاذها فى حق الدائن بإقراره لها. وينتقل ذات الدين من المدين الأصلى إلى المحال عليه. أى أن المحال عليه يحل محل المدين فى الدين، وهذا هو الإستخلاف فى الدين. ويتحقق هذا الإستخلاف من وقت إبرام الحوالة وليس فقط من يوم نفاذها. فبإقرار الدائن للحوالة تبرأ ذمة المدين الأصلى ويحل محله المحال عليه، وينسحب أثر الإقرار لليوم الذى تم فيه الإتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه.

ولا تثور صعوبة فى حالة إبرام الحوالة بإتفاق الدائن والمدين الجديد لأنها تنعقد نافذة وترتب آثارها كاملة منذ البداية. وعلى ذلك فإنه، فى

الحالتين، لا تُنشئ الحوالة ديناً جديداً فى ذمة المحال عليه بل تنقل إليه ذات الدين الذى كان موجوداً فى ذمة المدين بصفاته وضماناته ودفوعه، ويترتب على ذلك:

١- يظل الدين محتفظاً بكل خصائصه وصفاته وتوابعه. فإذا كان الدين معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل، فينتقل بشرطه أو أجله. وقد يكون الدين تجارياً أو مدنياً، منتجاً لفوائد أو غير منتج لها، ثابتاً فى سند تنفيذى أو سند عادى، هنا ينتقل الدين على هذا الوصف ولو كان المحال عليه جاهلاً به.

٢- ينتقل الدين إلى المحال عليه بضماناته[1]. بالنسبة للتأمينات العينية التى تضمن الوفاء بالدين المحال به كرهن، رسمى أو حيازى، أو حق إختصاص أو إمتياز، فتنتقل بقوة القانون مع الدين لمصلحة الدائن، أى لضمان الوفاء به، إذا كانت هذه التأمينات واردة على أشياء مملوكة للمدين. ويصبح المدين (المحيل) فى هذه الحالة بمثابة كفيل عينى لأن ذمته قد برئت بالحوالة من الدين، ولكن ماله المثقل بالتأمين العينى يظل ضامناً لهذا الدين رغم إنتقاله إلى ذمة المحال عليه.

أما التأمينات المقدمة من غير المدين، وتتمثل فى الكفالة الشخصية أو العينية، فلا تبقى لضمان الدين إلا إذا قبل الكفيل بقاءها. فالكفيل رضى بكفالة المدين الأصلى بالذات، كفالة شخصية (بتقديم ضمانه العام للدائن) أو كفالة عينية (بتخصيص مال معين

---

(١) وتنص المادة ٣١٨ مدنى على ذلك «١- تبقى للدين المحال به ضماناته. ٢- ومع ذلك لا يبقى الكفيل، عينياً كان أو شخصياً، ملتزماً قبل الدائن إلا إذا رضى بالحوالة».

لضمان حق الدائن). فإذا إنتقل الدين إلى ذمة شخص آخر، فإن الكفالة لا تظل قائمة بالنسبة للمدين الجديد إلا إذا وافق الكفيل على الحوالة[١].

٣- ينتقل الدين إلى المحال عليه بدفوعه[٢]. فالمحال عليه يستطيع التمسك قِبل الدائن بعدة أنواع من الدفوع هى:

**أولاً:** الدفوع التى كان للمدين الأصلى أن يتمسك بها فى مواجهة الدائن، فالدين ينتقل من المدين الأصلى إلى المدين الجديد بدفوعه التى قد تتعلق ببطلان الدين أو بفسخه أو بإنقضائه. وعلى ذلك يكون للمحال عليه أن يتمسك فى مواجهة الدائن ببطلان التصرف المنشئ للدين المحال به أو بقابليته للإبطال[٣]، أو بفسخه لعدم تنفيذ الدائن

---

(١) لما كانت حوالة الدين تقتصر على إبدال المدين مع بقاء المدين ذاته، فمن الطبيعى أن يظل ما يتبع هذا الدين من التأمينات ملحقاً به... بيد أن كفيل المدين الأصلى، شخصياً كان أو عينياً قد لا يرتضى كفالة المدين الجديد، كما لو كان أقل ملاءة، ولهذا عنى المشرع بحمايته، فإشترط رضاءه بالحوالة، وإلا برئت ذمته من الكفالة... فالكفيل لا يكفل معتمداً على ثقته فى وفاء الدين من ماله فحسب، بل وعلى ثقته فى قيام هذا المدين عند حلول الأجل وإنتفاء الحاجة إلى الرجوع عليه تفريعاً على ذلك، فعلة الكفالة، والحال هذه، هى الثقة الشخصية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٥٢).

(٢) فطبقاً للمادة ٣٢٠ مدنى يكون «للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بالدفوع التى كان للمدين الأصلى أن يتمسك بها. كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الكفالة».

(٣) كما لو كان الدين ناشئاً عن عقد باطل لعدم مشروعية السبب أو المحل، وعن عقد قابل للإبطال بسبب نقص أهلية المدين الأصلى أو عيب شاب إرادته كالغلط أو التدليس، أو الإكراه. على أنه يلاحظ أن إبرام المدين الأصلى للحوالة، رغم علمه بسبب البطلان وبعد زواله، قد يعتبر إجازة ضمنية للعقد مصدر الدين المحال به، ومن ثم فلا يجوز للمحال عليه التمسك بالإبطال، أضف إلى ذلك أن البعض يرى أن الدفع بنقص الأهلية خاص بشخص المدين الأصلى، وليس للمحال عليه أن يتمسك به.

الإلتزام المقابل لإلتزام المدين. كما أن له أن يدفع بإنقضاء الدين بأحد أسباب الإنقضاء فى العلاقة بين الدائن والمدين الأصلى، وذلك كالوفاء أو التجديد أو الإبراء. ويتحقق ذلك، بصفة خاصة، عندما تنعقد الحوالة بإتفاق الدائن والمحال عليه[1].

**ثانياً:** الدفوع المستمدة من عقد الحوالة، لأن هذا العقد هو أساس إلتزامه قبل الدائن، وعلى ذلك يجوز للمحال عليه أن يدفع ببطلان الحوالة لعدم مشروعية السبب أو المحل، أو لنقص أهليته أو تعيب إرادته. وله أن يدفع بإنعدام الحوالة لتخلف الشرط الواقف وبفسخها لتحقق الشرط الفاسخ، وله كذلك أن يدفع بعدم وفاء للمحيل بما إلتزم به فى عقد الحوالة.

**ثالثاً:** لا يجوز للمحال عليه أن يتمسك بالدفوع الخاصة بشخص الأصيل (المحيل)، كالدفع بإتحاد الذمة أو بالحق فى الحبس. وكذلك الحال إذا قصد الدائن إيثار الأصيل شخصياً بالإبراء من الدين أو بإمتداد الأجل، فعندئذ يمتنع التمسك بهما من المحال عليه. «ومن ذلك أيضاً أن يكون الدين المحال به ناشئاً عن عقد هبة، فلا يجوز للمحال عليه أن يدفع دعوى الدائن متمسكاً بقيام عذر مقبول كان يجيز للمدين الواهب أن يرجع فى هبته».

أما الدفوع الخاصة بشخص المحال عليه، فمن حقه أن يتمسك بها

---

(١) أما الحوالة التى تتم بإتفاق المدين الأصلى مع المحال عليه، فقد يستفاد منها نزول المدين عن سبب الإنقضاء، فالمدين الذى يقدم على حوالة دينه مع علمه وقت الحوالة، بأن له ديناً على دائنه ومن حقه أن يتمسك بالمقاصة، يعتبر متنازلاً عن التمسك بها. وكذلك الحال إذا أقدم على حوالة المدين بعد إكتمال مدة التقادم، فإن ذلك يعتبر إقراراً منه بالدين مسقطاً لحقه فى التمسك بالتقادم، ومن ثم لا يجوز للمحال عليه أن يتمسك به.

فى مواجهة الدائن، كالدفع بالمقاصة بين الدين المحال به وحق له فى ذمة الدائن، والدفع بإتحاد الذمة بينه وبين الدائن. فمن المقرر أن المحال عليه يقبل الدين فى حدود إلتزام المدين الأصلى، ولا يمكن أن يكون إلتزامه أبعد مدى من ذلك إلا بإتفاق خاص.

**رابعاً:** وللمحال عليه أيضاً التمسك قبل الدائن بأوجه الدفع المستفادة من الرابطة القانونية التى كانت تربطه بالمدين الأصلى، إذا كانت تلك الرابطة هى السبب فى حوالة الدين وكان الدائن يعلم بذلك[1]. «كما لو كان المحال عليه مديناً للمدين الأصلى بثمن شئ

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً بهذا المعنى، إلا أنه حذف لعدم ضرورته حيث أن حكمه مستمد من تطبيق القواعد العامة فى نظرية السبب.

والقاعدة هى أن حوالة الدين، كما هو الشأن فى حوالة الحق تصرفاً قانونياً مجرداً ينعزل عن سببه. «ويراعى أن وجه الحكم بيِّن لا سبيل إلى الشك فيه، متى إنعقدت حوالة الدين بين الدائن والمحال عليه مباشرة بمعزل عن الأصيل. فالواقع أن الحوالة تكون فى هذه الحال مستقلة كل الإستقلال عن رابطة المدين الأصيل بالمدين الجديد ولا يكون للمحال عليه أن يحتج على الدائن بأوجه الدفع المستفادة من الرابطة القانونية التى كانت تربطه بالمدين الأصلى ولكن وجه الحكم يختلف عن ذلك متى كانت هذه الرابطة قد قامت مقام السبب من الحوالة كما هو الشأن فى بيع محل تجارى أو بيع عقار مع حوالة الديون المضمونة برهون عقارية على المشترى، فإن الحوالة تعتبر شقاً من البيع، وغنى عن البيان أن هذه الحالة تختلف كل الإختلاف عن حالة إنعقاد الحوالة بين الدائن والمحال عليه مباشرة، إذ أن هذا التعاقد مستقل من كل وجه عن علاقة المحال عليه بالمدين الأصيل. أما الحالة الثانية فيعرض فيها وضع مركب، فعلاقات المدينين هى التى تعتبر سبباً قانونياً لإلتزام المحال عليه قبل الدائن. ولو قيل بغير ذلك لندر أن يتصدى شخص لتحمل دين عن شخص آخر فى مثل هذه الحالة. وللمحال عليه أن يحتج على الدائن بالدفع بعدم الوفاء إستناداً إلى تخلف الأصيل عن الوفاء بإلتزامه فى بيع عقد بينهما، وله كذلك أن يحتج عليه بالتقايل فى هذا البيع. على أنه يشترط للتمسك بمثل هذه الدفوع أن يكون الدائن- والمفروض أنه يظل بمعزل عن الحوالة- قد علم =

إشتراه منه، وأحال البائع عليه ديناً فى ذمته لدائن له، فى مقابل الثمن، أو كان المبيع محلاً تجارياً حولت الديون التى عليه إلى المشترى، ثم فسخ البيع، فى هذه الحالة، وتلك، لإخلال البائع بإلتزاماته، يجوز للمحال عليه- المشترى فى الحالتين- أن يتمسك قِبل الدائن بفسخ البيع إذا كان هذا الأخير يعلم سبب رضائه بالحوالة، ذلك لأنه بفسخ البيع يكون قد تخلف سبب إلتزام المحال عليه بوفاء الدين».

## المطلب الثانى

## علاقة الدائن بالمدين الأصلى

يترتب على الحوالة براءة ذمة المدين الأصلى فى مواجهة الدائن، هذا بالإضافة إلى إلتزام الأول قبل الثانى بضمان يسار المحال عليه.

### (أ) براءة ذمة المدين الأصلى :

يترتب على الحوالة براءة ذمة المدين الأصلى فى مواجهة الدائن. فلا يجوز لهذا الأخير أن يطالبه بالوفاء بالدين، بل ينبغى أن يوجه المطالبة إلى المحال عليه. وتبرأ ذمة المدين بمجرد إبرام الحوالة بين الدائن والمحال عليه، أو بإقرار الدائن للحوالة إذا إنعقدت بين المدين الأصلى والمحال عليه(١). أى أن ذمة المدين الأصلى تبرأ من الدين بمجرد نفاذ

---

=بشروطها. وليس ينبغى أن يغيب عن البال أن هذه القاعدة مفسرة أو متممة فللمتعاقدين ملء الخيار فى الخروج عليها... ويراعى من ناحية أخرى أنه إذا خصص دين كان المحال عليه ملزماً به قبل المدين الأصيل، وكان هذا الدين باطلاً، فلا يكون المحال عليه ملزماً قبل الدائن بأكثر من إلتزامه قبل المدين الأصيل، ويكون له أن يتمسك قبل الدائن ببطلان دينه قبل المدين الأصيل (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٥٤).

(١) فمتى أقر الدائن الحوالة يجرى الحكم كما لو كان هذا الدائن قد إشترك فى التعاقد الذى تم من قبل بين المحيل والمحال عليه... ويراعى أن أثر براءة ذمة المدين الأصلى =

الحوالة فى حق الدائن.

**(ب) ضمان يسار المحال عليه :**

إذا إنعقدت الحوالة بإتفاق بين الدائن والمحال عليه، دون تدخل المدين الأصلى، فإن هذا الأخير لا يضمن يسار المحال عليه، لأن الدائن هو الذى إختاره، وينبغى عليه أن يتحمل مغبة إختياره.

أما إذا إنعقدت الحوالة بين المدين الأصلى والمحال عليه، فإن الأول يضمن يسار الثانى أى أن يكون لديه من الأموال ما يكفى لسداد ديونه وقت إقرار الدائن للحوالة، فالضمان يقتصر على ذلك الوقت فقط، فلا يضمن المدين يسار المحال عليه وقت استيفاء الدائن المدين، فإذا أعسر المحال عليه عند حلول أجل الدين أو وقت التنفيذ عليه، فإن المدين الأصلى لا يكون مسؤولاً عن ذلك[1].

ولكن يجوز للأطراف الاتفاق على غير هذا الحكم. حيث يمكن الإتفاق على أن يستمر ضمان المدين ليسار المحال عليه إلى وقت حلول أجل الدين والوفاء به، ويمكن الإتفاق على ألا يضمن المدين يسار المحال عليه فى أى وقت من الأوقات.

والجدير بالذكر فى هذا الصدد أن إقرار الدائن للحوالة رغم علمه

---

= والتزام المدين الجديد قبل الدائن ينسحب إلى هذا التاريخ، فلو زالت عن المحال عليه أهليته بعد إنعقاد الحوالة وقبل الإقرار، فلا يكون لذلك أثر فى صحة إلتزامه قبل الدائن، لأن الدائن يعتبر طرفاً فى التعاقد السابق. ولو نشأ سبب من أسباب المقاصة لصالح المدين الأصيل فى هذه الفترة، فلا يجوز التمسك بمثل هذا السبب، إذ المفروض أن الأصيل قد برئت ذمته من قبل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٥٢).

(١) تنص المادة ٣١٩ مدنى على أن «يضمن المدين الأصلى أن يكون المحال عليه موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة ما لم يتفق على غير ذلك».

بإعسار المدين، يعد إبراءاً نهائياً لذمة المدين الأصلى من الدين ومن الضمان. أما إذا كان الدائن يجهل هذا الإعسار، فلا تبرأ ذمة المدين فى هذه الحالة، وتسرى هذه القاعدة من باب أولى إذا كان الجهل راجعاً إلى تدليس أو إلى عيب من عيوب الرضاء.

## المطلب الثالث

## علاقة المدين الأصلى بالمحال عليه

تختلف آثار الحوالة بين طرفيها (المدين والمحال عليه) بحسب موقف الدائن منها، أى بحسب ما إذا كانت نافذة فى حقه أم لا.

**(أ) قبل نفاذ الحوالة فى حق الدائن:**

إن الحوالة التى تنعقد بين المدين والمحال عليه لا تكون نافذة فى حق الدائن إلا إذا أقرها، وقبل صدور هذا الإقرار ومن باب أولى فى حالة رفضها، تكون الحوالة ملزمة لطرفيها، وترتب الإلتزامات المتفق عليها فيما بينهما وأهمها، إلتزام المحال عليه بالوفاء بالدين أى بتخليص ذمة المدين الأصلى من الدين فى الوقت المناسب، والذى يكون فى العادة وقت حلول الدين أو أى وقت آخر يتم الإتفاق عليه[1].

ويقوم المحال عليه بالوفاء بإلتزامه إما بدفع الدين للدائن مباشرة وإما بتسليمه للمدين الأصلى الذى يقوم بوفاء إلتزامه بنفسه. وليس

---

(١) تنص المادة ٣١٧ مدنى على أنه « ١- مادام الدائن لم يحدد موقفه من الحوالة إقراراً أو رفضاً، كان المحال عليه ملزماً قبل المدين الأصلى بالوفاء للدائن فى الوقت المناسب، ما لم يوجد إتفاق يقضى بغير ذلك. ويسرى هذا الحكم ولو رفض الدائن الحوالة. ٢- على أنه لا يجوز للمدين الأصلى أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن ما دام هو لم يقم بما إلتزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة».

للدائن أن يمتنع عن قبول الوفاء من غير المدين. ولا يعنى إلتزام المحال عليه بقضاء الدين تخويل المدين حق مطالبته بأن يعمل على إبراء ذمته قبل الدائن فور الوقت، بل كل ما هنالك أن هذا الإلتزام يخول للمدين، إذا طالبه الدائن قضائياً، حق الرجوع على المحال عليه بإعتبار أنه تعهد بالوفاء عنه ليجنبه هذه المطالبة. وإذا تخلف المحال عليه عن الوفاء بإلتزامه، فللمدين الأصلى، متى طولب بالدين، أن يرجع عليه بالتعويضات. وللمدين المحيل أن يطلب إلى المحال عليه تقديم تأمينات خاصة لضمان الوفاء بإلتزامه.

ومن المسلم به أن لطرفى الحوالة كامل الخيار فى تحديد ما يترتب بينهما من الآثار بمقتضى تعاقد صريح، فلهما أن يشترطا إعتبار الحوالة غير قائمة إلى أن يتم إقرارها. كما أن لهما أن يشترطا إقتصار الحوالة على إنشاء مجرد إلتزام على عاتق المحال عليه بقضاء حق الدائن، وعند السكوت عن إشتراط أمر معين، يُفترض أن نيتهما تنصرف إلى هذا الإشتراط الأخير.

ولا يجوز للمدين الأصلى أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن، ما دام هو لم يقم بما إلتزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة. ويعد هذا الحكم تطبيقاً لفكرة الإرتباط فى العقود الملزمة للجانبين. فإذا كان المحال عليه قد قبل التحمل بالدين نظير مقابل معين يلتزم به المحيل، ولم يقم هذا الأخير بأداء هذا المقابل، فإن للمحال عليه، إذا طولب بالوفاء بالدين، أن يدفع بعدم التنفيذ، أى يمتنع عن الوفاء حتى يفى المحيل بما إلتزم به نحوه، كما لو كان المحال عليه قد إشترى داراً من المحيل وتعهد بأن يتحمل، مقابل الثمن، بدين فى ذمة البائع، فإذا أخل البائع (المحيل) بإلتزامه بالتسليم أو بنقل الملكية، كان للمحال

عليه (المشترى) أن يمتنع عن تنفيذ إلتزامه بالوفاء بالدين لدائن البائع.

وأخيراً فإن الحوالة إتفاق ملزم لطرفيها، ومن ثم لا يجوز لأحدهما التنصل من إلتزامه بإرادته المنفردة، وإنما يجوز لهما الإتفاق على تعديل أحكامها أو إلغائها. بشرط أن يتم ذلك قبل إقرار الدائن لها. إذ أن حق الدائن يتعلق بالحوالة بمجرد إقراره لها، وينتقل الدين المحال به من المدين إلى المحال عليه إنتقالاً نهائياً وبأثر رجعى منذ إبرام الحوالة. ولا يجوز للدائن أن يطالب سوى المحال عليه بالدين لأن المدين الأصلى برئت ذمته تجاهه.

**(ب) بعد نفاذ الحوالة فى حق الدائن :**

تكون الحوالة نافذة بعد إقرار الدائن لها. وتقوم نافذة منذ البداية إذا نشأت بالإتفاق بين الدائن والمحال عليه. وينتقل الدين فى الحالتين، إلى المحال عليه، وتبرأ ذمة المدين الأصلى قِبل الدائن.

فإذا كانت الحوالة قد تمت بإتفاق المدينين، فإن المحال عليه «يقصد من تحمل الدين إلى النتيجة التى كان يصل إليها لو أنه إلتزم قِبل المدين بأداء تكليف معادل لقيمة هذا الدين. فلو فرض أن المحال عليه تحمل عن المدين ديناً مقداره ١٠٠٠، فهو يقصد من ذلك إما إلى إقراض المدين مثل هذا المبلغ، وإما إلى التبرع له به، وإما إلى الوفاء له بدين ترتب فى ذمته من قبل كباقى ثمن لم يتم أداؤه. ويراعى أن نية المحال عليه تنصرف، فى هذه الحالة الأخيرة، إلى الوفاء بباقى الثمن عن طريق تحمل الدين عن المحيل، وبهذا تبرأ ذمته على الفور من المطالبة بمقتضى عقد البيع.. بيد أن إرادة المتعاقدين قد تنصرف إلى خلاف ذلك، فالأمر لا يعدو والحال هذه مجرد التنويه بقاعدة مفسرة أو

متممة للأفراد مطلق الخيار فى الخروج عليها ».

أما إذا تمت الحوالة بين الدائن والمحال عليه مباشرة، دون تدخل المدين الأصلى، فإن المحال عليه يستطيع الرجوع على هذا الأخير طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب.

ويجدر الإشارة أخيراً إلى أنه «فى حالة إبطال الحوالة، تطبق القواعد العامة، فيراعى أولاً أن الدين القديم يعود سيرته الأولى بجميع توابعه، دون إخلال بحقوق الغير. ويراعى من ناحية أخرى أن الدائن يكون له أن يقتضى من المحال عليه تعويضاً فى مقابل ما لحقه من الضرر، إما بسبب فقد تأمينات سبق ترتيبها وإما بأى سبب آخر، ما لم يثبت المحال عليه أن بطلان الحوالة والضرر الحادث يرجعان إلى سبب لا يد له فيه».

---

(١) Larroumet, note, R. N. 67. 291



# الباب الرابع

## إنقضـــاء الإلتـــزام

تتعدد الطرق التى ينقضى بها الإلتزام، وقد قسم المشرع هذه الطرق إلى أقسام ثلاثة:

**الأول:** يتضمن إنقضاء الإلتزام بتنفيذه، وهذا هو الطريق الطبيعى لإنقضاء الإلتزام، حيث يقوم المدين، مختاراً بتنفيذ إلتزامه تنفيذياً عينياً عن طريق الوفاء به.

**الثانى:** يتضمن إنقضاء الإلتزام بما يقوم مقام الوفاء أو يعادله، ويتم هذا عن طريق الوفاء بمقابل والتجديد والمقاصة وإتحاد الذمة.

**الثالث:** يتضمن إنقضاء الإلتزام دون وفاء، أى دون تنفيذه عيناً أو بمقابل، أى دون أن يحصل الدائن على حقه ولا على ما يعادله، ويكون ذلك فى الإبراء وإستحالة التنفيذ والتقادم المسقط.

لذلك نقسم هذا الباب إلى فصول ثلاثة نتناول فيها أسباب إنقضاء الإلتزام السابقة.



# الفصل الأول
# الوفـــاء

### تعريف الوفاء وطبيعته :

الوفـاء هو قـيـام المدين بتنفـيـذ ذات الإلتـزام الذى إلتـزم به، أى التنفيذ العينى الإختيارى للإلتزام. ويعتبر الوفاء الطريق الطبيعى المرغوب فيه لإنقضاء الإلتزام أياً كان محله، سواء تمثل فى دفع مبلغ من النقود أو تسليم شئ أو القيام بعمل. فالبائع يفى بإلتزامه بنقل ملكية المبيع إذا هو قام بالإجراءات اللازمة لذلك. والمقاول يفى بإلتزامه بإقامة البناء الذى تعهد بإقامته.

ويعتبر الوفاء سبباً لإنقضاء الإلتزام، وهو فى ذات الوقت طريقاً لتنفيذه. ومن ناحية أخرى فإن الوفاء تصرف قانونى يتمثل فى الإتفاق بين الموفى والموفى له على قضاء الدين، ويخضع للقواعد العامة فى التصرفات القانونية، فلابد فيه من تراضى الطرفين على وفاء الإلتزام، ويشترط فى هذا التراضى أن يكون خالياً من عيوب الإرادة، فإذا داخل الوفاء عيب منها كان قابلاً للإبطال، ويجب أن تتوافر الشروط المتعلقة بالأهلية والمحل والسبب.

أضف إلى ذلك أن الوفاء يكون مصحوباً بعمل مادى يقتضيه تنفيذ الإلتزام ويؤدى إلى تحقيق الغاية منه، وذلك كتسليم شئ (مبلغ من النقود أو مال معين) أو القيام بعمل (إقامة بناء) أو الإمتناع عن عمل.

ولكن الوفاء كتصرف قانونى له طبيعة خاصة، فهو إتفاق مفروض على كل من الدائن والمدين، فالأخير يلتزم بالوفاء بالدين وإلا أجبر عليه بالتنفيذ القهرى، ولا يملك الدائن الإمتناع عن قبول الوفاء، ولو قام به غير المدين، وإذا إمتنع عن القبول فإنه يجبر على ذلك عن طريق إجراءات العرض الحقيقي. أضف إلى ذلك أن الوفاء له محل محدد هو نفس محل الدين الواجب الوفاء. فليس للدائن إجبار المدين على الوفاء بغير محل الإلتزام ولو كان أقل منه، ولا يستطيع المدين إرغام الدائن على قبول شئ آخر غير محل الإلتزام ولو كان أكثر منه.

ومن ثم فإنه يجب وضع الكثير من الأحكام التفصيلية لتنظيم الوفاء، ولدراسة تلك الأحكام، فإننا نقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث نعرض فيها على التوالى للموضوعات الآتية: طرفا الوفاء (من يقوم به ومن تلقاه)، محل الوفاء، ظروف الوفاء (زمانه ومكانه وإثباته)، رجوع الموفى على المدين.

## المبحث الأول

## طرفا الوفاء

طرفا الوفاء هما الموفى (من يقوم بالوفاء). والموفى له (من يتلقى هذا الوفاء)، والأصل أن يكون الموفى هو المدين نفسه، وأن يكون الموفى له هو الدائن. إلا أنه فى بعض الأحوال يقوم بالوفاء شخص آخر غير المدين، ويتلقى الوفاء شخص آخر غير الدائن.

## المطلب الأول

## المــوفـــى

### الفرع الأول

### الوفاء من المدين أو من الغير

الأصل هو قيام المدين نفسه بالوفاء، وقد ينوب عنه فى ذلك شخص آخر. ويجوز أيضاً أن يتم الوفاء من شخص آخر له مصلحة فى قضاء الدين أو أجنبياً لا مصلحة له فى الوفاء به(١).

**أولاً: القاعدة أن المدين نفسه** هو الذى يقوم بالوفاء بإلتزامه، إذ هو الذى يقع عليه واجب الوفاء، فهو صاحب المصلحة فى القيام بوفاء الدين حتى تبرأ ذمته فى مواجهة الدائن. ويجوز أن يتم الوفاء كذلك من نائب المدين، كالوكيل الذى يمكن أن يكون شخصاً طبيعياً أو مصرفاً، للمدين فيه حساب. وإذا كان المدين ناقص الأهلية أو عديمها، تعين أن يقوم بالوفاء نيابة عنه الولى أو الوصى أو القيم.

**ثانياً:** ويجوز أن **يقوم بالوفاء شخص آخر غير المدين له مصلحة** فى قضاء الدين، كالمدين المتضامن، والمدين مع غيره فى إلتزام غير قابل للإنقسام، والكفيل الشخصى أو العينى، فهؤلاء لهم مصلحة فى الوفاء بالدين لأنهم إما ملزمون بالدين مع المدين أو ملزمون بالوفاء به

---

(١) تنص المادة ٣٢٣ مدنى على أنه «١- يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة فى الوفاء، وذلك مع مراعاة ما جاء فى المادة ٢٠٨. ٢- ويصح الوفاء أيضاً مع التحفظ السابق ممن ليست له مصلحة فى هذا الوفاء، ولو كان دون علم المدين أو رغم إرادته، على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا إعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الإعتراض».

بدلاً عنه. وكذلك الحال بالنسبة لحائز العقار المرهون الذى تكون له مصلحة فى قضاء الدين المضمون بالرهن كى يتجنب إجراءات التنفيذ على العقار ويحتفظ به بعد تطهيره من الرهن.

ونظراً لأن هؤلاء الأشخاص لهم مصلحة مؤكدة فى الوفاء بالدين، بل أن هذا الوفاء واجب على بعضهم، فإن الدائن لا يستطيع أن يرفض الوفاء الذى يتقدم به أحدهم، حتى ولو إعترض المدين نفسه.

**ثالثاً:** ويمكن أن **يقوم بالوفاء شخص من الغير ليست له مصلحة** قانونية فى هذا الوفاء، كما لو كان قريباً للمدين[1] أو صديقاً له، أو شخصاً يقصد إسداء خدمة للدائن أو للمدين لوجود علاقات تجارية له مع أحدهما أو كلاهما. ويكون الوفاء فى هذه الحالة صحيحاً ومبرئاً لذمة المدين[2]، ولو تم دون علمه أو رغم إرادته. وليس للدائن أن يرفض هذا الوفاء، إذ ليست له مصلحة فى ذلك مادام يستوفى حقه كاملاً.

ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة، حيث يجوز للدائن الإمتناع عن

---

(١) مؤدى شرط امتداد التأمين إلى أية مدة أخرى تكون شركة التأمين قد قبلت دفع قسط تجديد التأمين عنها أن يترتب على قبول شركة التأمين للأقساط بعد وفاة المؤمن له إعتبار التأمين قائماً بينها وبين ورثته خلال المدة التى دفعت عنها الأقساط بالشروط التى تضمنتها الوثيقة الموقع عليها من المورث، وذلك أياً كان شخص الموفى بأقساط التأمين، إذ يجوز الوفاء بأقساط التأمين من الغير وفقاً للقواعد العامة (نقض ١٩٦٦/٦/٢٨ س١٧ ص١٤٦٢).

(٢) الوفاء بالدين من الغير لا يبرئ ذمة المدين إلا إذا إتجهت إرادة الموفى إلى الوفاء بدين غيره، أما إذا ظن الموفى وقت الوفاء أنه يدفع ديناً على نفسه فلا يعتبر هذا وفاء لدين على الغير وإنما وفاء لدين غير مستحق يجيز للموفى المطالبة بإسترداد ما وفاه على أساس قاعدة دفع غير المستحق (نقض ١٩٧٧/٤/٢٥ س٢٨ ص١٠٣٣).

قبول الوفاء من غير المدين فى حالتين:

١- إذا كان الإلتزام مرتبطاً بشخص المدين، فيتعين عليه أن يفى به بنفسه دون غيره، ويجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين. ويحدث ذلك فى حالة الإلتزام بعمل. فإذا نص الاتفاق أو إستوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الإلتزام بنفسه، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين(١)، ويحدث هذا غالباً فى الأعمال التى تستوجب لأدائها توافر مهارة معينة كالرسم والغناء والطب والهندسة والمحاماة، حيث تقتضى طبيعة العمل أو إتفاق الأطراف قيام المدين به بنفسه.

٢- إذا تقدم للوفاء بالدين شخص من الغير ليست له مصلحة قانونية فى الوفاء، فإعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الإعتراض. فى هذه الحالة يكون الدائن حراً فى قبول الوفاء أو رفضه. ويمكن إلزام الدائن بالإمتناع عن قبول الوفاء الصادر من الغير إذا قدم المدين الوفاء بنفسه أو كان قد إتفق مع الدائن على ذلك.

مؤدى هذا أنه «لا يجوز الإمتناع عن قبول الوفاء ممن ليست له مصلحة فيه إلا حيث يعترض الدائن والمدين معاً على هذا الوفاء. ولا يكفى فى ذلك إعتراض أحدهما إستقلالاً، فإذا إعترض المدين على الوفاء جاز للدائن رغم ذلك أن يقبله، وإذا إعترض الدائن وحده كان للغير أن يلزمه بقبوله ما دام المدين لم يقم بإبلاغه اعتراضه».

وللغير الذى يقوم بالوفاء الرجوع على المدين بما وفاه وفقاً لما سنراه فى المبحث الرابع.

---

(١) م٢٠٨ مدنى. جمال زكى ص٢٠٥

## الفرع الثاني

## شروط صحة الوفاء

يجب لصحة الوفاء، سواء قام به المدين أو غيره، توافر عدة شروط[1]:

١- ملكية الموفى للشئ الذى وفى به[2]: فالوفاء تصرف قانونى يترتب عليه نقل ملكية الشئ الموفى به من الموفى إلى الدائن. وليس من حق الموفى نقل ملكية شئ لا يملكه. وشأن الوفاء، فى هذه الحالة، شأن بيع ملك الغير.

ويكون الوفاء، فى هذا الفرض، قابلاً للإبطال، ولا يؤدى إلى براءة ذمة المدين، ولا يسرى فى مواجهة المالك الحقيقى للشئ إلا إذا أقره، وله الحق فى أن يسترده من الدائن. ويجوز لهذا الأخير أن يطالب ببطلان الوفاء وله أن يطلب الوفاء من المدين مرة أخرى. ولا يجوز إجبار الدائن على التمسك بتملك الشئ الموفى به إستناداً إلى التقادم المكسب أو الحيازة بحسن نية لأن ضميره قد يأبى عليه ذلك.

---

(١) تنص المادة ٣٢٥ مدنى على أنه «١- يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكاً للشئ الذى وفى به، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه، ٢- ومع ذلك فالوفاء بالشئ المستحق ممن ليس أهلاً للتصرف فيه ينقضى به الإلتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى».

(٢) إذا فسرت محكمة الموضوع كلمة «مناولة» الواردة فى الوصل بأنها لا تقطع بأن الموفى دفع الدين من ماله الخاص، فإنها لا تكون قد إنحرفت عن المعنى الذى تؤديه هذه العبارة ولم تخطئ فى تطبيق القانون إذا هى أحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات أن المبلغ قد دفع من مال المتمسك بهذا الوصل (نقض ٢٨/١٠/١٩٥٤ س٦ ص٤٥).

٢- أهلية الموفى للتصرف فى الشئ الموفى به: يجب أن يكون الموفى أهلاً للتصرف فى الشئ الذى وفى به، أى يجب أن يكون بالغاً سن الرشد غير محجور عليه، فإذا كان الموفى ناقص الأهلية لصغر السن أو للسفه أو الغفلة، كان الوفاء قابلاً للإبطال لمصلحته وحده دون الدائن.

ومع ذلك فالوفاء بالشئ المستحق ممن ليس أهلاً للتصرف فيه ينقضى به الإلتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى. فإذا لم يترتب على الوفاء ضرر بناقص الأهلية، كان الوفاء صحيحاً ولا يجوز التمسك ببطلانه لإنعدام المصلحة فى ذلك، ويترتب عليه إنقضاء الدين وبراءة ذمة المدين. ويتحقق الضرر فى الحالات التى يكون الشئ الموفى به أعلى قيمة من الدين، أو كان من صنف جيد ولم يكن مطالباً إلا بصنف متوسط، وكذلك الحال إذا تم الوفاء بالدين قبل حلول الأجل.

٣- ونضيف إلى ما سبق شرطاً آخر تقتضيه القواعد العامة لصحة التصرفات القانونية ألا وهو أن تكون إرادة الموفى سليمة غير مشوبة بغلط أو تدليس أو إكراه[١].

---

(١) الوفاء اتفاق بين الموفى والموفى له على قضاء الدين فهو بهذه المثابة تصرف قانونى يجرى عليه من الأحكام ما يجرى على سائر التصرفات القانونية فلابد فيه من تراضى الطرفين على وفاء الإلتزام. ويشترط فى هذا التراضى أن يكون خالياً من عيوب الإرادة، فإذا داخل الوفاء عيب منها كان قابلاً للإبطال. فإذا كانت محكمة الموضوع قد حصلت فى حدود سلطتها التقديرية وبأسباب سائغة أن الموفى ما قبل الوفاء إلا لإعتقاده بأن الدين الذى أوفى به حال بحكم نهائى وأنه تبين بعد ذلك عدم تحقق هذه الصفة فى الدين، فإن الموفى يكون قد وقع فى غلط جوهرى بشأن صفة من صفات الدين الموفى به كانت أساسية فى إعتباره إذ لولا هذا الغلط ما كان الوفاء. فإذا كان الموفى له على علم بهذا الغلط الدافع إلى الوفاء فإن من شأن هذا الغلط أن يؤدى =

## المطلب الثانى

## الموفى له

القاعدة إن الوفاء لا يكون صحيحاً ولا يبرئ ذمة المدين إلا إذا كان للدائن أو من ينوب عنه. ومع ذلك هناك بعض الحالات الإستثنائية التى يقع فيها الوفاء لغير الدائن صحيحاً. وقد يمتنع الدائن، دون مبرر، عن قبول الوفاء، مما يضطر المدين إلى القيام بالوفاء بإرادته المنفردة عن طريق العرض والإيداع.

---

= إلى إبطال الوفاء متى طلب الموفى ذلك وأن يعود الطرفان إلى الحالة التى كانا عليها قبيل حصوله ومن ثم يلتزم الموفى له بأن يرد المبلغ الذى قبضه (نقض ١٩٦٥/٥/٢٠ س١٦ ص٦٠٢).

الإكراه الدافع على الوفاء فى معنى المادة ١٨١ من القانون المدنى هو الضغط الذى تتأثر به إرادة الشخص ويدفعه إلى الوفاء تحت تأثير الرهبة التى تقع فى نفسه لا عن حرية وإختيار، ولا عبرة بالوسيلة المستخدمة فى الإكراه فيستوى أن تكون مشروعة أو غير مشروعة متى كان من شأنها أن تشيع الرهبة فى نفس الموفى وتدفعه إلى الوفاء. وتقدير وسائل الإكراه ومبلغ جسامتها ومدى تأثيرها فى نفس الموفى هو من الأمور الموضوعية التى يستقل بالفصل فيها قاضى الموضوع، ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض متى أقام قضاءه على أسباب سائغة. وإذا كانت محكمة الموضوع قد إنتهت فى إستدلال سائغ إلى أن وفاء الشركة المطعون ضدها الأولى لم يكن تبرعاً، وإنما كان نتيجة إكراه لحصوله تحت تأثير الحجز الذى وقع على أموالها لدى البنكين اللذين تتعامل معهما، فإنها لا تكون قد خالفت القانون لأن الإكراه بالمعنى المقصود فى المادة ١٨١ من القانون المدنى يتحقق فى هذه الصورة (نقض ١٩٧٦/١/٢٦ س٢٧ ص٣٠١).

## الفرع الأول

## الوفاء للدائن أو نائبه

يكون الوفاء، فى الأصل، للدائن لأنه صاحب الصفة والمصلحة فى إستيفاء الدين(١). والعبرة بتوافر وصف الدائن بلحظة الوفاء بالدين، فقد يتغير شخص الدائن فى الفترة ما بين نشوء الدين ووقت حصول الوفاء، كما لو مات الدائن الأصلى وحل محله وارثه، أو كالمحال له في حالة حوالة الحق.

ويشترط لصحة الوفاء أن تتوافر لدى الدائن أهلية إستيفاء الدين، فإذا لم تتوافر فى الدائن هذه الأهلية، بأن كان عديم الأهلية أو ناقصها، وجب الوفاء لنائبه القانونى (الولى أو الوصى أو القيم)، وإلا وقع الوفاء قابلاً للإبطال، وكان للدائن وحده أن يتمسك بالبطلان. كما أن للدائن أن يجيز الوفاء فى هذه الحالة بعد أن يصبح أهلاً لإستيفاء الدين، فيُصحح الوفاء بهذه الإجازة.

ومع ذلك إذا أصاب الدائن ناقص الأهلية منفعة من الوفاء، كان هذا الوفاء صحيحاً بقدر هذه المنفعة، أى أن ذمة المدين لا تبرأ فى هذه الحالة إلا فى حدود ما يعود على الدائن من منفعة من الوفاء. ويقع عبء إثبات هذه المنفعة على الموفى، وله أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات. كما لو أثبت أن الدائن قد إستغل المال الموفى به إستغلالاً

---

(١) تنص المادة ٣٣٣ مدنى على أن «يكون الوفاء للدائن أو لنائبه، ويعتبر ذا صفة فى استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن، إلا إذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً». Besson, note, JCP, 78. 18889

مفيداً أو أنفقه فى شؤونه المعتادة. كما لو قام بترميم أو شراء عقار.

ويجوز الوفاء للنائب عن الدائن، سواء كان نائباً قانونياً كالولى والوصى والقيم وسنديك التفليسة، أو نائباً إتفاقياً كالوكيل، فللدائن أن ينيب عنه وكيلاً فى إستيفاء الدين، يكفى فيه التفويض بتوكيل عام. ويتعين على الوكيل فى مثل هذه الحالة أن يقيم الدليل على صفته وفقاً للأحكام العامة فى الوكالة. ويقع على الموفى واجب التحقق من وجود الوكالة.

«ويعتبر ذا صفة فى إستيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن إلا إذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً. أى أن التقدم بمخالصة صادرة من الدائن يعتبر قرينة كافية فى ثبوت صفة استيفاء الدين لمن يحمل تلك المخالصة، ما لم تُنف دلالة هذه القرينة بالإتفاق على وجوب الوفاء للدائن شخصياً. فإذا أُتفق على ذلك، كان للمدين أن يرفض الوفاء ممن يتقدم له بالمخالصة الصادرة من الدائن حتى يستوثق من ثبوت صفته فى إستيفاء الدين. ومن الأمثلة على ذلك ما جرت عليه العادة من أن يعطى المالك للبواب إيصالات مخالصة بالأجرة لتحصيلها من السكان فتكون له بذلك صفة فى قبض الأجرة من المستأجرين.

## الفرع الثاني

## الوفاء لغير الدائن

القاعدة أن الوفاء لا يكون إلا للدائن أو نائبه، والوفاء لغير الدائن لا يكون صحيحاً ولا يبرئ ذمة المدين. لكن المشرع نص على حالات ثلاث يكون فيها الوفاء لغير الدائن صحيحاً على سبيل الإستثناء

هى[1]:

١- إذا أقر الدائن الوفاء لغيره، فإقرار الدائن للوفاء الذى تم لغيره يجعله وفاءاً صحيحاً[2]. فتبرأ به ذمة المدين ولو لم يقم الموفى له بتسليم المال الموفى به إلى الدائن. ويكون للإقرار أثر رجعى، ومن ثم يعتبر الوفاء صحيحاً منذ حصوله، ذلك أن الإقرار اللاحق يعتبر كالإذن السابق، وقد يقصد الدائن من الإقرار إما التبرع بقيمة الدين إلى الموفى له، وإما أن ينقلب الغير وكيلاً بعد أن كان فضولياً[3]. ويتعين عليه أن يقدم حساباً للدائن.

٢- إذا عادت على الدائن منفعة من الوفاء الذى تم لغيره، فإن ذمة المدين تبرأ بقدر هذه المنفعة. مثال ذلك أن يقوم الموفى له بتسليم

(١) تنص المادة ٣٣٣ مدنى على أنه «إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه، فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء، أو عادت عليه منفعة منه وبقدر هذه المنفعة، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين فى حيازته».

(٢) ويتحقق هذا الفرض فى حالات الوفاء لأحد أفراد أسرة الدائن (أب أو إبن أو زوجه)، أو لوكيله الذى إنتهت وكالته.

(٣) إذا كان صحيحاً أن قبض الدائن قيمة الشيك الذى إستلمه آخر من المدين يعد إقراراً منه لهذا الوفاء بحيث يصبح هذا الغير فى هذه الحالة وكيلاً بعد أن بدأ فضولياً- على ما تقى به المادة ٣٣٣ من القانون المدنى ومذكرته التفسيرية- إلا أن هذه الوكالة قاصرة على الوفاء الذى أقره الدائن فلا تتعداه إلى ما يكون هذا الغير قد أقر به فى ورقة أخرى غير الشيك من أن المبلغ الموفى به هو كل الباقى المستحق للدائن لأن هذا الإقرار بالتخالص ليس من مستلزمات الوفاء بالمبلغ الموفى به بل هو إقرار بواقعة قانونية مستقلة عن الوفاء ولا يمكن إعتبار الدائن مقراً لها إلا إذا كان قد علم بها وقت إقراره ذلك الوفاء. كما لا يمكن إعتبار الإقرار بالتخالص من الغير عملاً من أعمال الفضولى إذ لا يتوافر فيه ما يشترط توافره فى عمل الفضولى الذى يلزم به رب العمل وهو أن يكون هذا العمل ضرورياً بالنسبة لرب العمل (نقض ١٩٦٢/٤/٥ س١٣ ص٤١٤).

المال الموفى به إلى الدائن، هنا تبرأ ذمة المدين من كل الدين لأن الدائن قبض حقه كاملاً. وكذلك الحال إذا تم الوفاء بالدين لدائن الدائن بحق واجب الوفاء فوراً ومقدماً على غيره من إلتزامات الدائن، هنا تبرأ ذمة المدين، بقدر ما برئت ذمة الدائن قِبل دائنه، نتيجة هذا الوفاء.

٣- إذا تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين فى حيازته، ويطلق عليه عادة إسم الدائن الظاهر. ويشترط لصحة الوفاء فى هذه الحالة شرطان:

**الأول:** أن يظهر الموفى له بمظهر الدائن أمام الناس مما يحملهم على الإعتقاد بأنه صاحب الحق بدلاً من الدائن الحقيقى، ويساعد على وجود ذلك المظهر حيازة الشخص للدين. مثال ذلك الوارث الظاهر الذى يبدو فى أعين الناس أنه صاحب الحق فى ما تركه المورث من حق قِبل الغير، ثم يتضح بعد ذلك أن هناك وارث آخر يحجبه. والمحال له الذى تقرر إبطال حوالته أو فسخها. والمالك الظاهر أو المالك بسند صورى الذى يقوم بقبض أجرة العقار. فى مثل هذه الفروض يكون الوفاء لأى من هؤلاء صحيحاً ومبرئاً لذمة المدين فى مواجهة الدائن الحقيقى. والفرض هنا أن الدائن الظاهر يحوز الدين ولا يكفى مجرد حيازة السند، لأن تلك الحيازة لا تشكل سوى واقعة مادية قد تكون عنصراً من العناصر التى يقوم عليها المظهر الخداع للدائن الظاهر.

**الثانى:** يجب أن يكون الموفى للدائن الظاهر حسن النية، أى يعتقد أنه يقوم بالوفاء للدائن الحقيقى. ويجب أن تكون هناك أسباب ودلائل موضوعية تبرر وجود هذا الإعتقاد، ولا يهم بعد ذلك ما إذا كان الدائن الظاهر حسن أو سئ النية، لأن المشرع قد أراد من وراء ذلك

الحكم حماية الذين يتعاملون بحسن نية مع الوضع الظاهر حرصاً على استقرار المعاملات[1].

وتبرأ ذمة المدين بالوفاء للدائن الظاهر، ويستطيع الدائن الحقيقى أن يرجع عليه بما إستوفاه من الدين دون وجه حق وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب. وإذا ثبت سوء نية الدائن الظاهر وقت إستيفاء الدين، أى يعلم ألا حق له فيما إستوفاه، كان للدائن الحقيقى أن يرجع عليه بالتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية. ويجوز للمدين الموفى الرجوع عليه بدعوى رد غير المستحق.

## الفرع الثالث

## العرض الحقيقي والإيداع

الأصل أن يتم الوفاء بإتفاق الموفى والموفى له. ولكن المدين الحريص على براءة ذمته يصطدم أحياناً بإمتناع الدائن، دون مبرر، عن إستيفاء حقه. أضف إلى ذلك أن هناك بعض الحالات التي يتعذر فيها على المدين الوفاء للدائن. هنا يحدد المشرع للمدين بعض الإجراءات القانونية التى يتعين عليه إتخاذها حتى تبرأ ذمته من الدين. ويطلق عليها إجراءات العرض الحقيقى والإيداع. ونعرض فى هذا الصدد لحالات العرض الحقيقى، ثم لإجراءاته، ثم لآثاره.

---

(١) إن من صدر عليه حكم نهائى بدفع ثمن عقار إلى شخص معين، وأوفى بهذا الثمن بعد صدور الحكم للمحكوم له، فقد برئت ذمته، لأنه لا يستطيع عدم الوفاء لهذا الشخص المعين بعد صدور هذا الحكم. ولا يمكن القول ببطلان هذا الوفاء لانتفاء حسن نيته فيه بعلة وجود منازع آخر ينازع فى هذا العقار ويدعى ملكه لنفسه، خصوصاً إذا كان هذا المنازع قد حاول الدخول فى الدعوى فمنعته المحكمة بناء على طلب من صدر له الحكم النهائى (نقض ١٤/٦/١٩٣٤ مجموعة عمر ١ ص٤٣٨).

## (أ) حالات العرض الحقيقى والإيداع :

يجوز للمدين أن يلجأ لإجراءات العرض الحقيقى والإيداع فى الحالات الآتية[1]:

١- إذا رفض الدائن، دون مبرر، قبول الوفاء، أو أعلن أنه لن يقبله إذا عرض عليه، أو إمتنع عن القيام بالأعمال التى لا يتم الوفاء بدونها، كرفضه الحضور إلى موطن المدين الذى كان متفقاً على الوفاء فيه، أو كإمتناع المشترى عن التصديق على إمضائه، لإجراء تسجيل عقد البيع.

٢- إذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه. كما لو مات الدائن الأصلى وإنتقل حقه إلى وارث معين غير معروف للمدين.

٣- إذا كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب قانونى يقبل الوفاء عنه. ذلك أن الدائن لا تتوافر لديه أهلية إستيفاء الدين، ومن ثم فإن الوفاء له لا يبرئ ذمة المدين.

٤- إذا كان الدين متنازعاً عليه بين عدة أشخاص، مثال ذلك وجود أكثر من محال له أو عدة ورثة، ويدعى كل منهم أحقيته فى الدين.

---

(١) تنص المادة ٣٣٤ مدنى على أنه «إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً، أو رفض القيام بالأعمال التى لا يتم الوفاء بدونها، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء، إعتبر أنه قد تم إعذاره من الوقت الذى يسجل المدين عليه هذا الرفض بإعلان رسمى».

وتنص المادة ٣٣٨ مدنى على أن «يكون الإيداع أو ما يقوم مقامه من إجراء جائزاً أيضاً إذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه، أو كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء، أو كان الدين متنازعاً فيه بين عدة أشخاص، أو كانت هناك أسباب جدية تبرر هذا الإجراء».

٥- إذا كانت هناك أسباب جدية تبرر هذا الإجراء. وتلك الصياغة العامة تبين أن الحالات السابقة لم ترد على سبيل الحصر، بل ترك المشرع الباب مفتوحاً أمام المدين ليقوم بإجراءات العرض والإيداع متى قام سبب يمنعه من الوفاء للدائن مع توافر الرغبة فى إبراء ذمته من الدين. «مثال ذلك أن يريد المشترى الوفاء بالثمن للبائع، ولكن البائع يمتنع عن القيام بما يجب التصديق على إمضائه فى عقد البيع، فلا يجد المشترى بداً من إيداع الثمن على ذمة البائع بشرط ألا يقبضه إلا بعد التصديق على الإمضاء، ثم يعمد بعد ذلك إلى رفع دعوى بثبوت البيع. ومثال ذلك أيضاً أن يريد المدين الوفاء بدين لغير الدائن حق فيه ولا يستطيع المدين أن يحصل على مخالصة من هذا الغير، فلا يسعه فى هذه الحالة إلا أن يودع الدين».

وينبغى التفرقة فى هذا الصدد بين الحالة الأولى والحالات الأربع التالية، ففى الحالة الأولى التى يمتنع فيها الدائن عن إستيفاء حقه أو التى يقوم فيها بعمل مماثل يجب على المدين القيام بإجراءات العرض والإيداع، أما فى الحالات الأخرى فيمكن القيام بإيداع الدين مباشرة دون حاجة إلى عرض حقيقى لعدم جدواه أو لتعذره.

**(ب) إجراءات العرض الحقيقى والإيداع :**

تمر تلك الإجراءات بمراحل ثلاث هى: الإنذار، العرض، الإيداع.

**المرحلة الأولى: إعذار الدائن:** يجب على المدين أن يعرض الوفاء على الدائن عرضاً فعلياً، وأن يتضمن العرض الإستعداد للوفاء بكل الدين عند حلول الأجل فى المكان المحدد لذلك. ويتم هذا العرض بأية طريقة، وإن كان من الأفضل تمامه بكتاب مسجل حتى يسهل إثباته،

فإذا رفض الدائن ذلك، وجب تسجيل هذا الرفض بإعلان رسمى على يد محضر[١]، ويعتبر هذا الإعلان بمثابة إعذار تترتب عليه نتائج هامة هى:

١- يتحمل الدائن تبعة هلاك الشئ أو تلفه، فإذا عرض البائع الشئ المبيع على المشترى إلا أنه رفض تسلمه، وسجل البائع عليه هذا الرفض بإعلان رسمى على يد محضر، فإن تبعة هلاك المبيع تقع على المشترى.

٢- يقف سريان الفوائد (الإتفاقية والقانونية) إذا كان الدين مبلغاً من النقود يغل فائدة.

٣- يحق للمدين مطالبة الدائن بالتعويض عن الأضرار التى لحقته من جراء الإمتناع عن قبول الوفاء. كما لو كان المبيع موجوداً فى مخازن معينة ويشغلها مدة طويلة مما يكبد البائع الكثير من المصروفات بسبب الحراسة والصيانة وأجرة التخزين.

٤- يحق للمدين مباشرة إجراءات العرض الحقيقى، وإيداع الشئ بعد ذلك على نفقة الدائن[٢].

(١) إن مجرد إرسال خطاب موصى عليه من المدين للدائن يقول عنه المدين أنه كان به حوالة بريد بمبلغ الدين، ويقول الدائن أنه حين لم يقبل تسلمه لم يكن يعلم بما إحتواه ذلك، حتى مع صحة قول المدين، لا يعتبر طريق وفاء قانونى، وخصوصاً إذا لم يثبت أن الدائن كان يعلم بإحتواء الخطاب لهذا المبلغ. ولقد كان من الواجب على المدين لكى تبرأ ذمته أن يعرض الدين عرضاً حقيقياً (نقض ١٩٤٤/١١/١٦ مجموعة عمر ٤ ص٣٠٦).

(٢) وتنص المادة ٣٣٥ مدنى على تلك النتائج بقولها: «إذا تم إعذار الدائن تحمل تبعة هلاك الشئ أو تلفه، ووقف سريان الفوائد، وأصبح للمدين الحق فى إيداع الشئ على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر».

**المرحلة الثانية: العرض الحقيقى:** تأتى مرحلة العرض الحقيقى بعد إعذار الدائن، فالإعذار لا يؤدى إلى براءة ذمة المدين من الإلتزام، بل ينبغى عليه، للوصول إلى هذه النتيجة، أن يلجأ إلى إجراءات العرض الحقيقى التى نظمها قانون المرافعات[١].

فإذا كان محل الإلتزام نقوداً أو أشياء أخرى مما يمكن تسليمه للدائن فى موطنه، تعين على المحضر أن يحملها معه ويعرضها على الدائن. أما إذا كان محل الإلتزام مما لا يمكن تسليمه للدائن فى موطنه كالعقارات، فيتم عرضه بمجرد تكليف الدائن على يد محضر بتسلمه. ويجب، فى جميع الأحوال، أن يشتمل محضر العرض على بيان الشئ المعروض وشروط العرض وقبول المعروض أو رفضه.

فإذا قبل الدائن العرض، وقبض محل الإلتزام، أثبت المحضر ذلك فى محضره، ويتم على هذا النحو الوفاء بالدين. ويتحمل الدائن مصروفات العرض، إلا إذا تبين أن إجراءات العرض لم يكن لها ما يبررها ، لأن الدائن لم يكن متعنتاً فى قبول الوفاء. أما إذا رفض الدائن العرض، أثبت المحضر ذلك فى محضره، وإنتقل بعد ذلك إلى مرحلة الإيداع.

وأثناء المرافعة أمام المحكمة، «يجوز العرض الحقيقى فى الجلسة أمام المحكمة بدون إجراءات إذا كان من وجه إليه العرض حاضراً. وتُسلم النقود المعروضة، عند رفضها ، لكاتب الجلسة لإيداعها خزانة المحكمة، ويثبت فى محضر الإيداع ما أثبت فى محضر الجلسة خاصاً بالعرض ورفضه. وإذا كان المعروض فى الجلسة من غير النقود تعين

---

(١) فى المواد من ٤٨٧:٤٩٣ .

على العارض أن يطلب إلى المحكمة تعيين حارس عليه، ولا يُقبل الطعن فى الحكم الصادر بتعيين الحارس. وللعارض أن يطلب على الفور الحكم بصحة العرض»[1].

**المرحلة الثالثة: الإيداع:** إذا رفض الدائن العرض، تأتى مرحلة الإيداع، وتختلف إجراءاتها بحسب طبيعة الشئ محل الإلتزام.

فإذا كان المعروض نقوداً قام المحضر بإيداعها خزانة المحكمة فى اليوم التالى لتاريخ العرض على الأكثر، ويجب إعلان الدائن بصورة من محضر الإيداع خلال ثلاثة أيام من تاريخه.

أما إذا كان المعروض من غير النقود، جاز للمدين أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة الترخيص فى إيداعه بالمكان الذى يعينه القاضى، إذا كان الشئ مما يمكن نقله. فقد يتم الإيداع بخزانة المحكمة إذا تعلق الأمر بمجوهرات أو أوراق مالية أو نحو ذلك. أما إذا كان الشئ معداً للبقاء حيث وجد، كالعقارات، جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة[2].

فمن المقرر أنه «إذا كان محل الوفاء شيئاً معيناً بالذات، وكان الواجب أن يسلم فى المكان الذى يوجد فيه، جاز للمدين بعد أن ينذر

---

(١) م ٤٨٩ مرافعات. إذا كان الثابت من بيانات الحكم أن عرض المطعون عليهما باقى الثمن على الطاعنين حصل بعد رفع الدعوى أمام محكمة الدرجة الأولى وظلا متمسكين بهذا العرض فى مواجهتهم رغم رفضهم قبوله، فإن ذلك يعد بمثابة عرض أُبدى أمام المحكمة حال المرافعة ولا يلزم لصحته إتخاذ إجراءات أخرى كإعلان هذا العرض عملاً بالمادة ٧٩٢ من قانون المرافعات (المقابلة للمادة ٤٨٩ من قانون المرافعات الحالى) (نقض ١٩٦٣/٣/٢٨ س١٤ ص٣٩٨).

(٢) م٤٨٨ مرافعات.

الدائن بتسلمه أن يحصل على ترخيص من القضاء فى إيداعه. فإذا كان هذا الشئ عقاراً أو شيئاً معداً للبقاء حيث وجد، جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة»[1].

وإذا كان المعروض من الأشياء التى يسرع إليها التلف كالمأكولات والخضار والفاكهة، أو التى تكلف نفقات باهظة فى إيداعها وحراستها، جاز للمدين، بعد إستئذان القضاء أن يبيعها بالمزاد العلنى وأن يودع الثمن خزانة المحكمة، فإذا كان الشئ له سعر معروف فى الأسواق، أو كان التعامل فيه متداولاً فى البورصات، فلا يجوز بيعه بالمزاد إلا إذا تعذر بيعه ممارسة بالسعر المعروف[2].

### (جـ) آثار العرض والإيداع :

إن العرض المتبوع بالإيداع أو الحراسة يقوم مقام الوفاء[3]، وتبرأ به ذمة المدين فى حالتين: **الأولى:** إذا قبله الدائن، **الثانية:** إذا صدر حكم نهائى بصحته[4].

---

(١) م٣٣٦ مدنى.

(٢) م٣٣٧ مدنى.

(٣) العرض لا يقوم مقام الوفاء المبرئ للذمة من المبلغ للعروض- على ما تقضى به المادة ٣٣٩ مدنى والمادة ٧٨٩ من قانون المرفعات السابق (المقابلة للمادة ٤٨٨ من قانون المرافعات الحالى)- إلا إذا تلاه إيداع المبلغ خزانة المحكمة. وإذا كان المطعون عليهم قد إكتفوا بعرض المبلغ على الطاعن بالجلسة، فرفض قبول العرض ولم يقوما بإيداع المبلغ المعروض فإنهم لا يكونون قد أوفوا بكل الباقى من الثمن للطاعن (نقض ١٩٧٠/٢/٢٦ س٢١ ص٣٤٤).

(٤) تنص المادة ٣٣٩ مدنى على أن «يقوم العرض الحقيقى بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء، إذا تلاه إيداع يتم وفقاً لأحكام قانون المرافعات، أو تلاه أى إجراء مماثل، وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائى بصحته».

يجوز للدائن أن يقبل العرض الذى سبق له رفضه، وأن يتسلم ما أودع على ذمته، إذا لم يكن المدين قد رجع فى عرضه. ويجب أن يثبت المودع أنه أخبر مدينه على يد محضر بعزمه على التسليم قبل حصوله بثلاثة أيام على الأقل. ويتعين على الدائن أن يسلم المودع لديه صورة محضر الإيداع المسلمة إليه مع مخالصة بما قبضه[1].

فإذا لم يقبل الدائن العرض بعد الإيداع، فإن الوفاء لا يتم إلا بصدور حكم بصحة العرض. ويصدر الحكم بصحة العرض والإيداع بناء على طلب المدين بالطرق المعتادة لرفع الطلبات الأصلية أو العارضة، أو نتيجة لمنازعة الدائن فى صحته وطلب الحكم ببطلانه. ولا يجوز الحكم بصحة العرض إلا إذا أعقبه إيداع (أو ما يعادله كالحراسة)[2]. وأن يتم إيداع المعروض مع فوائده التى إستحقت إلى يوم الإيداع. ولا يجوز أن يكون الإيداع مقيداً بشروط إلا إذا كانت تلك الشروط يستلزمها الدين المعروض[3].

وإذا صدر الحكم للدائن ببطلان العرض، زالت كافة الآثار التى

---

(١) م٤٩١ مرافعات.

(٢) وحُكم بأنه لا يشترط أن يكون المدين قد حصل مبدئياً على حكم بإيداع السيارة المعروضة على الدائن فى جراج، بل يصح أن يودع السيارة الجراج على أن يعرض الأمر بعد ذلك على القضاء ليقول كلمته، فيما إذا كان هذا العرض صحيحاً وهل يعتبر إجراء مماثلاً للإيداع (نقض ١٩٥٦/١٢/٢٧ س٧ ص١٠٢٢).

(٣) م٤٩٠ مرافعات. فإذا عرض المدين الأدوات والمهمات المحكوم عليه بتسليمها إلى المدعين، وقيد عرضه بأن يدفعوا له المبلغ الذى حكم له به نهائياً قِبلهم بمقتضى نفس الحكم الذى ألزمه بتسليم الأشياء المعروضة، فهذا العرض صحيح، ومثل هذا الشرط لا يبطله، لأن للمدين أن يشترط ما يكفل له حقه المحكوم له به (نقض ١٩٣٦/١١/٥ مجموعة عمر٢ ص٢).

ترتبت عليه، ويسترد المدين ما أودعه، وتظل ذمته مشغولة بالدين. أما إذا صدر الحكم لمصلحة المدين بصحة العرض والإيداع[1]، فإن ذمة المدين تبرأ من الدين إعتباراً من يوم العرض[2]، ولا تتراخى إلى يوم الإيداع. إذ تحكم المحكمة مع صحة العرض ببراءة ذمة المدين من يوم العرض، وهذا هو نفس الحكم فى حالة قبول الدائن للعرض. أى أن براءة المدين من الدين ترجع إلى الماضى إلى يوم العرض سواء فى حالة قبول الدائن للعرض بعد الإيداع أو فى حالة صدور حكم نهائى بصحة العرض. ويترتب على براءة ذمة المدين براءة كل من شركائه فى الدين، والمدينين المتضامنين معه، والكفلاء، هذا بالإضافة إلى سقوط التأمينات العينية التى كانت تضمن الوفاء بالدين.

---

(١) ويتحمل الدائن فى هذه الحالة، مصروفات الإعذار والعرض والإيداع. ولكن لا يجوز للمدين أن يستنزل مقدماً هذه المصروفات من المبالغ المعروضة. وذلك إلى أن يحكم بصحة العرض ويخصم بعد ذلك رسم الإيداع عن الدين (نقض ١٩٥٤/١٢/٢ س٦ ص١٩٩).

(٢) متى كان المشترى قد أورد بصحيفة دعواه التى أقامها ضد البائع أنه عرض على البائع القسط المستحق من الثمن عرضاً حقيقياً بإعذار أعلن له فرفض إستلام المبلغ وقام المحضر بإيداع خزانة المحكمة لذمة المعلن إليه على أن يصرف له بلا قيد ولا شرط ولا إجراءات وأعلن بمحضر الإيداع فى ذات اليوم وأنه يحق للطالب والحال هذه رفع الدعوى بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع، فإن هذا الذى أسس عليه المشترى دعواه يتضمن حتماً طلبه القضاء بصحة العرض والإيداع. فإذا ذهبت المحكمة إلى أن العرض والإيداع الحاصل من المشترى لا يعتبر مبرئاً لذمته من القسط الذى حل ميعاده لأن البائع رفض العرض وتطلبت المحكمة أن يحصل المشترى على حكم سابق بصحة العرض والإيداع ولم تقم إعتباراً للطلب الموجه بالدعوى المرفوع أمامها من المشترى بحسابه طلباً سابقاً على طلب الحكم بصحة ونفاذ العقد، فإنها تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون وحجبت نفسها بذلك عن بحث طلب صحة العرض والإيداع الذى تضمنته صحيفة دعوى المشترى. (نقض ١٩٦٧/١/٢٤ س١٨ ص١٨٥).

**(د) رجوع المدين عن العرض :**

يجوز للمدين الرجوع عن العرض مادام لم يقبله[1]، أو لم يصدر حكم نهائى بصحته. ويجب عليه إبلاغ الدائن على يد محضر برجوعه فى العرض. ويجوز للمدين أن يسترد ما أودعه بعد مضى ثلاثة أيام على إخبار الدائن بهذا الرجوع، أى أنه يجوز لهذا الأخير خلال هذه الأيام الثلاثة قبول العرض، ولا يكون، من ثم، لرجوع المدين فيه أى أثر. أما إذا لم يقبل الدائن العرض، فيعتبر كأن لم يكن، ويتحمل المدين مصروفاته، ويظل الدين باقياً فى ذمته، وذمة شركائه فيه، والمدينين المتضامنين معه. والكفلاء، وتبقى التأمينات العينية التى تضمن الوفاء به[2].

ولا يجوز الرجوع عن العرض، ولا إسترداد المودع، بعد قبول الدائن لهذا العرض، أو بعد صدوره الحكم بصحة العرض وصيرورته نهائياً[3]. ذلك أنه متى قُبل العرض المشفوع بالإيداع أو بإجراء مماثل له، أو حكم بصحته، أصبح لازماً وإمتنع الرجوع فيه. ويكون لمثل هذا العرض حكم الوفاء. على أن للدائن أن يقبل رجوع المدين فى عرضه الحقيقى بعد القبول أو بعد صدور الحكم بصحته، هنا نكون بصدد إتفاق على دين جديد يولد فى ذمة المدين نحو الدائن، لأن الدين القديم سبق أن إنقضى بالوفاء به، دون أن يخل ذلك الإتفاق بحقوق الملتزمين مع

---

(١) إن الإيداع الحاصل على ذمة أحد دائنى المدين لا يخرج به المبلغ المودع عن ملكية المودع إلا بقبول الدائن له، فقبل ذلك يستطيع المدين أن يوجه المبلغ الذى أودعه أية جهة أخرى (نقض ١٩٣٨/٤/٢٨ مجموعة عمر٢ ص٣٣٣).

(٢) م٤٩٢ مرافعات، ٣٤٠ مدنى.

(٣) م٤٩٣ مرافعات.

المدين بالدين القديم أو الكفلاء، فهؤلاء تبرأ ذمتهم نهائياً، ولا يكون لهذا الرجوع أثر بالنسبة لهم. وليس للدائن أن يتمسك بعد ذلك بما كان يكفل حقه السابق من تأمينات، إذ لابد من إتفاق جديد لبقاء هذه التأمينات.

## المبحث الثاني

## محل الوفاء

يجب الوفاء بذات الشئ المستحق على المدين، وبه كله لا بعضه، هذا بالإضافة إلى ملحقاته التي تتبعه. وإذا تعددت الديون من نفس النوع، فكيف يُحتسب الخصم إذا أدى المدين جانباً منها ؟

### (أ) الوفاء بالشئ المستحق :

القاعدة أنه يجب على المدين الوفاء بذات ما إلتزم به، فمحل الوفاء هو ذات الشئ المستحق على المدين، أى محل الإلتزام نفسه، سواء كان الإلتزام بإعطاء شئ أو كان إلتزاماً بعمل أو بإمتناع عن عمل. فلا يجوز أن يستبدل بهذا الشئ شيئاً آخر، ولو كان أعلى منه قيمة(١). إلا أن الدائن قد يرتضى الاعتياض أى الوفاء بشئ غير المستحق أصلاً، وهذا هو الوفاء بمقابل. كما لا يجوز للدائن أن يجبر المدين على الوفاء بغير الشئ الذى يلتزم به، ولو كان أقل فى القيمة، إذا كان المدين مستعداً للوفاء به.

ولكن ليس معنى ذلك أن حق الدائن فى رفض إستيفاء شئ أعلى

---

(١) تنص المادة ٣٤١ مدنى على أن «الشئ المستحق أصلاً هو الذى به يكون الوفاء، فلا يجبر الدائن على قبول شئ غيره، ولو كان هذا الشئ مساوياً له فى القيمة أو كانت له قيمة أعلى».

قيمة أو حق المدين فى رفض الوفاء بشئ أدنى قيمة، ذا طبيعة مطلقة، بل يجب ألا ينطوى هذا الرفض على تعنت ظاهر. وليس فى ذلك سوى تطبيق للنظرية العامة فى التعسف فى إستعمال الحق، ومبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود. حيث يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام(١).

فـإذا كان الإلتزام بإعطاء (بنقل حق عينى) وجب تحديد الشئ الواجب إعطاؤه. فإذا كان محل الإلتزام إعطاء شئ معين بالذات كأرض أو سيارة أو مجوهرات معينة، فيجب أن يتم الوفاء بذات الشئ بحالته وقت التسليم، حتى لو أصاب الشئ تلف بعد نشوء الإلتزام، فالمدين لا يسأل عن هذا التلف إلا إذا كان راجعاً إلى خطأه أو خطأ من يسأل عنهم، ويسأل كذلك إذا كان قد أُعذر قبل حدوث التلف.

أما إذا كان محل الإلتزام إعطاء شئ معين بالنوع ككمية من القمح أو مقدار من القطن، وجب الوفاء به على النحو المتفق عليه، أى بنفس الكمية والجودة المتفق عليهما. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشئ من حيث جودته ولم يمكن إستخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر، إلتزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط(٢).

وإذا كان محل الإلتزام نقوداً، إلتزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لإرتفاع قيمة هذه النقود أو لإنخفاضها وقت الوفاء

---

(١) م١٤٨ مدنى.

(٢) م٢/١٣٣ مدنى. N. Cata la, le payement, 1960, n. 85

أى أثر[1]. ولا يمكن إجبار الدائن على قبول شئ آخر غير النقود، كما يجب الوفاء بالمبلغ نقداً، ولا يلتزم الدائن بقبول الوفاء بشيك[2] أو كمبيالة أو حوالة بريدية أو غير ذلك من الأوراق التجارية أو المالية كالأسهم والسندات. وإذا فرض سعر إلزامى للعملة، فلا يجوز إشتراط الوفاء بالذهب أو بما يعادل قيمة الذهب.

وإذا كان محل الإلتزام القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل، فإنه يجب القيام بذلك على النحو المتفق عليه طبقاً لما قدمناه فى محل الإلتزام.

## (ب) الوفاء بكل الشئ المستحق :

الأصل هو وجوب الوفاء بكل الدين، ولا يجوز إجبار الدائن على قبول وفاء جزئى لحقه[3]. وهذا ما يسمى بمبدأ عدم تجزئة الوفاء بالدين

---

(١) م١٣٤/ مدنى.

(٢) مجرد سحب الشيك لا يعتبر وفاء مبرئاً لذمة صاحبه إذ أن الإلتزام المترتب فى ذمته لا ينقضى إلا بقيام المسحوب عليه بصرف قيمة الشيك للمستفيد (نقض ١٩٦٤/١١/١٢ س١٥ ص١٠٢٨).

إذا كان وفاء الدين الأصلى بطريق الشيك وفاء على شرط التحصيل وكان الحكم المطعون فيه قد إستخلص فى حدود سلطته الموضوعية من واقع الدعوى عدم صرف البنك الشيك الذى تسلمه المطعون ضده، وكان هذا الإستخلاص سائغاً ولا مخالفة فيه للثابت بالأوراق، فإن الحكم المطعون فيه إذا لم يقم بخصم قيمة هذا الشيك من مبلغ التعويض المقضى به يكون قد إلتزم صحيح القانون. (نقض ١٩٧٦/٦/٢٩ س٢٧ ص١٦٩٨).

(٣) تنص المادة ٣٤٢ مدنى على أنه « ١- لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئياً لحقه، ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضى بغير ذلك. ٢- فإذا كان الدين متنازعاً فى جزء منه وقبل الدائن أن يستوفى الجزء المعترف به، فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء».

حتى ولو كان بطبيعته قابلاً للتجزئة. ومن جهة أخرى ليس للدائن إجبار المدين على الوفاء بجزء من الدين وإستبقاء الجزء الآخر(١).

وينطبق مبدأ عدم تجزئة الوفاء على أصل الدين وملحقاته كالمصاريف والفوائد.

ولا ينطبق المبدأ السابق إلا على الدين الواحد، أما إذا تعددت الديون في ذمة المدين لنفس الدائن، وحلت جميعها، فإن للمدين أن يقوم بالوفاء بأى من هذه الديون، ولا يجوز للدائن رفض هذا الوفاء بحجة عدم التجزئة، بل عليه قبول الوفاء بالدين مع المطالبة بباقى الديون.

ولكن المبدأ المذكور لا يتعلق بالنظام العام، فيجوز الإتفاق بين الأطراف على تجزئة الوفاء، وقد ينص المشرع على جواز التجزئة على سبيل الإستثناء، وقد يحكم القاضى بذلك أحياناً.

فيجوز للدائن والمدين الإتفاق على تجزئة الوفاء بالدين، صراحة، أو ضمناً. وقد يتم هذا الإتفاق عند نشوء الدين أو عند حلول أجل الوفاء به. كما فى حالة الإتفاق على تقسيط الدين، أو قبول الدائن الجزء من الدين الذى يفى به المدين ولو لم يكن هناك إتفاق سابق على ذلك.

ويجوز للقاضى منح المدين أجلاً أو آجالاً معتدلة ليتيسر له الوفاء

---

(١) وقد يتصور أعمال قاعدة عدم تجزئة الوفاء أعمالاً عكسية لمصلحة المدين، فيكون له أن يصر على أداء الدين بأسره، ولو قبل الدائن الإقتصار على إستيفاء جزء منه. أما إذا كان الدين متنازعاً فيه، وأقر المدين بجزء منه، فليس له أن يمتنع عن الوفاء بهذا الجزء متى طالب به الدائن، بدعوى التريث حتى يحسم النزاع فى الجزء الآخر ويتيسر له قضاء حق الدائن كاملاً (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢١٥).

بالدين، أى أن للقاضى تقسيط الوفاء بالنسبة للمدين حسن النية طبقاً لأحكام نظرة الميسرة التى سنعرض لها.

وقد يقضى المشرع بجواز تجزئة الوفاء، كما فى حالة المقاصة، حيث يسقط الدينان بقدر الأقل منهما، ومعنى هذا أن الدين الأكبر يسقط جزء منه، ويظل الجزء الآخر بذمة المدين. وكذلك الحال عند تعدد الكفلاء، دون تضامن بينهم، لنفس الدين وبعقد واحد، حيث يجوز لكل منهم أن يدفع، عند المطالبة، بتجزئة الدين، فلا يوفى إلا بقدر نصيبه فى الكفالة[1]. وإذا كان الدين متنازعاً فى جزء منه، وقبل الدائن أن يستوفى الجزء المعترف به، فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء. وإذا مات الدائن وإنقسم الحق على ورثته، فكل وارث يستوفى جزءاً من الدين هو حصته فيه.

**(جـ) الوفاء بأصل الدين وملحقاته :**

يجب الوفاء بأصل الدين وملحقاته من فوائد ومصروفات، ولا تبرأ ذمة المدين إلا بالوفاء بها جميعاً، فهى تعتبر كلاً لا يقبل التجزئة، ولا يُجبر الدائن على قبول الوفاء بأصل الدين وحده أو بالمصروفات وحدها[2].

ولكن الدائن قد يقبل من المدين وفاء جزئياً. فإذا لم يتفق على ترتيب معين فى الوفاء. فإن المشرع يوجب الوفاء بالملحقات قبل الوفاء

---

(١) م٧٩٢/١ مدنى.

(٢) تنص المادة ٣٤٣ مدنى على أنه «إذا كان المدين ملزماً بأن يوفى مع الدين مصروفات وفوائد وكان ما أداه لا يفى بالدين مع هذه الملحقات، خصم ما أدى من حساب المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين، كل هذا ما لم يتفق على غيره».

بأصل الدين، أى أنه يتم خصم الجزء الذى تم الوفاء به من الملحقات أولاً، ويبدأ الخصم من حساب المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين[١].

### (د) تعيين جهة الدفع عند تعدد الديون (إحتساب الخصم) (تعيين جهة الدفع):

نواجه الفرض الذى تتعدد فيه الديون فى ذمة المدين لدائن واحد[٢]، وتكون هذه الديون من جنس واحد، كنقود مثلاً، ويؤدى المدين مبلغاً لا يكفى للوفاء بها جميعاً. لا يجوز للدائن أن يرفض هذا الوفاء لأننا أمام عدة ديون يحتفظ كل منها بذاتيته ويجوز الوفاء به

---

(١) المادة ٣٤٣ من القانون المدين تقضى بأنه إذا كان المدين ملزماً بأن يوفى مع الدين مصروفات وفوائد وكان ما أداه لا يفى بالدين مع هذه الملحقات خصم ما أدى من حساب المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين، كل هذا ما لم يتفق على غيره. وإذ كان يتضح من تقرير الخبير الحسابى الذى ندبته المحكمة أن جملة الفوائد التى أضافها الخبير إلى التعويض المستحق للمطعون عليهم تقل عن المبلغ الذى سدده لهم الطاعن فإن الطاعن يكون قد أدى جميع الفوائد التى استحقت للمطعون عليهم قبل صدور الحكم وتكون المبالغ الباقية من أصل التعويض، وإذ قضى الحكم المطعون فيه بالفوائد عليها من تاريخ صدوره فإنه لا يكون قد قضى بفوائد على متجمد الفوائد (نقض ١٩٧٦/١٢/٣٠ س٢٧ ص١٨٥٧).

(٢) تنص المادة ٣٤٤ مدنى على أنه «إذا تعددت الديون فى ذمة المدين، وكانت لدائن واحد ومن جنس واحد، وكان ما أداه المدين لا يفى بهذه الديون جميعاً، جاز للمدين عند الوفاء أن يعين الدين الذى يريد الوفاء به، ما لم يوجد مانع قانونى أو إتفاقى يحول دون هذا التعيين».

وتنص المادة ٣٤٥ مدنى على أنه «إذا لم يعين الدين على الوجه المبين فى المادة السابقة، كان الخصم من حساب الدين الذى حل، فإذا تعددت الديون الحالة فمن حساب أشدها كلفة على المدين، فإذا تساوت الديون فى الكلفة فمن حساب الدين الذى يعينه الدائن».

إستقلالاً[1]. إلا أنه، فى هذه الحالة، ينبغى تعيين جهة الدفع أى تحديد الديون التى يُحتسب منها خصم ما دفع، أعطى المشرع التعيين للمدين، ثم للقانون، ثم للدائن.

١- للمدين الحق فى تعيين جهة الدفع أى الدين الذى يريد الوفاء به، ما لم يوجد مانع إتفاقى أو قانونى يحول دون هذا التعيين. فإذا إتفق الدائن والمدين على ترتيب الديون فى الدفع أو على أن يبدأ الوفاء بديون معينة، فلا يجوز للمدين أن يخالف هذا الإتفاق. وليس للمدين أن يختار الوفاء بدين مؤجل لمصلحة الدائن، أو بدين يزيد مقداره عن المبلغ المدفوع لأن فى ذلك إجبار للدائن على قبول وفاء جزئى وهو غير جائز قانوناً.

٢- فإذا لم يتفق الطرفان على تعيين جهة الدفع أو لم يقم المدين بذلك، فإن الخصم يتم وفقاً للقواعد التى يحددها القانون، وهى أن يكون الخصم من حساب الدين الذى حل (المستحق الأداء)، فإذا تعددت الديون المستحقة وجب الوفاء بالدين الذى يُجبر المدين على أدائه بالحبس، والدين المضمون بتأمين عينى أو شخصى، والدين الذى ينتج فائدة أو ينتج فائدة أكبر من الديون الأخرى، والدين الذى يتقادم بمدة طويلة، والدين الثابت فى سند تنفيذى. يتضح من ذلك بأن القانون يفضل الوفاء بالدين الأشد كلفة، ويستقل قاضى الموضوع بتقدير الدين الأشد كلفة دون معقب عليه من محكمة النقض.

---

(١) إن الأحكام الخاصة بإستنزال الديون لا تسرى إلا فى حالة تعدد الديون التى تكون مستحقة لدائن واحد، أما إذا تزاحم دائنون متعددون على مبلغ واحد قبل أن يحصل عليه أحدهم فعلاً، فالأمر فى ذلك يخضع لأحكام التوزيع بين الدائنين طبقاً لمبدأ قسمة الغرماء (نقض ١٩٣٨/٤/٢٨ مجموعة عمر٢ ص٣٣٣).

٣- فإذا تساوت الديون فى الكلفة، تولى الدائن تعيين الدين الذى يتم الوفاء به، إلا أن ذلك مشروط بعدم وجود إتفاق على التعيين، وبأن المدين لم يقم بذلك، وبأن الديون مستحقة الأداء.

## المبحث الثالث

## ظروف الوفاء

## (زمان ومكان ونفقات وإثبات الوفاء)

### المطلب الأول

### زمان الوفاء

١- الأصل هو وجوب الوفاء بالإلتزام فور نشوئه، فالبيع يلزم البائع بنقل ملكية المبيع والمشترى بدفع الثمن، وكلا الإلتزامين يكون واجب الأداء فى الحال[١]. وكذلك لو تحدد التعويض الناشئ عن الفعل الضار أو الفعل النافع أو القانون، فإن وفاءه يجب فور نشوئه.

٢- ولكن يحدث أحياناً أن يتفق الأطراف على تأجيل الوفاء بالإلتزام إلى وقت لاحق لنشوئه فى ذمة المدين، أى إضافة الإلتزام إلى أجل واقف. هنا لا يكون الوفاء واجباً إلا عند حلول الأجل. مثال ذلك الإتفاق على تأجيل دفع الثمن أو تحديد مدة معينة للوفاء بالقرض.

---

(١) تنص المادة ٣٤٦ مدنى على أنه «١- يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الإلتزام نهائياً فى ذمة المدين ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضى بغير ذلك. ٢- على أنه يجوز للقاضى فى حالات إستثنائية، إذا لم يمنعه نص فى القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها إلتزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم».

٣- وقد تقتضى طبيعة الإلتزام تأخير الوفاء به، كما هو الحال فى الإلتزام بأداء عمل أو بالإمتناع عن عمل، فهذا الإلتزام بحسب طبيعته يتم تنفيذه فى المستقبل، كالتزام المقاول ببناء منزل، وإلتزام العامل بالعمل لدى رب العمل، وإلتزام التاجر بعدم المنافسة.

٤- وقد يتدخل المشرع نفسه لتحديد أجل الوفاء بالإلتزام، كالنص على أن الأجرة فى الحكر تكون مستحقة الدفع فى نهاية كل سنة، والنص على أن فوائد التأخير تستحق من تاريخ المطالبة القضائية. وقد يحيل المشرع إلى العرف، كالنص على أن يكون الوفاء بالأجرة، فى حالة عدم وجود إتفاق، فى المواعيد التى يعينها عرف الجهة[١]. وأخيراً فإن القانون يخول القاضى تأجيل الوفاء بالإلتزام أى منح المدين نظرة الميسرة.

## المطلب الثانى

## نظرة الميسرة

### (أ) مفهوم نظرة الميسرة :

يجوز للقاضى، فى حالات استثنائية، أن يمنح المدين أجلاً أو آجالاً معقولة ينفذ فيها إلتزامه، وهذا هو الأجل القضائى أو نظرة الميسرة. ويجوز للقاضى منح المدين هذا الأجل سواء أثناء سير الدعوى التى يرفعها الدائن على المدين لمطالبته بالدين أو أثناء إجراءات التنفيذ التى يباشرها الدائن.

---

(١) م٣٠٠١، ٢٣٦، ٥٨٦ مدنى. اسماعيل غانم ص٣٨٩

### (ب) شروط منح الأجل القضائى :

وتتعلق سلطة القاضى فى منح نظرة الميسرة بالنظام العام، ولا يجوز الإتفاق على سلب القاضى هذه السلطة. ويتمتع قاضى الموضوع بسلطة تقديرية واسعة فى منح نظرة الميسرة، ولا تعقيب عليه فى ذلك من محكمة النقض(١). ولكن يجب على القاضى أن يراعى عند منح هذا الأجل، توافر شروط أربعة هي:

١- ألا يوجد نص فى القانون يمنع منح هذه المهلة، كما هو الحال فى المعاملات التجارية حيث يقضى القانون التجارى على أنه لا يجوز للقاضى أن يعطى مهلة لدفع قيمة الكمبيالة.

٢- يجب أن تكون حالة المدين تستدعى ذلك، كأن يكون حسن النية فى تأخره فى الوفاء، وأن يكون فى عسرة مؤقتة ينتظر زوالها، والا يرجع الأمر إلى مُطل منه أو إعسار دائم، وأن يكون فى إمهاله فى تنفيذ الإلتزام ما يساعده على الوفاء.

٣- يجب ألا يلحق الدائن من جراء التأجيل ضرر جسيم، كما لو كان الدائن يعتمد على إستيفاء حقه للوفاء بديون عليه حتى يتلافى شهر إعساره.

٤- يجب أن يكون الأجل الممنوح للسداده معقولاً. فالأجل القضائى أمر إستثنائى يقدر بقدر الضرورة، لذا يجب ألا يكون طويلاً على نحو يعطل مصالح الدائن. ويجوز للقاضى أن يقرر أجلاً واحداً أو آجالاً متعاقبة كتقسيط الوفاء بالدين.

---

(١) نقض ١٩٥٠/٣/٢٣ س١ ص٣٧٣ .

### (جـ) آثار الأجل القضائى :

ويترتب على الأجل القضائى كافة الآثار المترتبة على الأجل الواقف، وبصفة خاصة وقف تنفيذ الإلتزام حتى ينقضى الأجل، فلا يجوز للدائن المطالبة به أو التنفيذ الجبرى على أموال المدين لإقتضائه، ولكن يجوز للدائن إتخاذ الإجراءات التحفظية، كقطع التقادم وقيد الرهن وتجديده.ويكون للأجل القضائى أثر نسبى، حيث يقتصر أثره على المدين الصادر لصالحه دون غيره من المدينين المتضامنين معه، ولكن كفيل المدين يستفيد منه، ولا يُحتج بالأجل القضائى إلا على الدائن الذى حكم فى مواجهته به، ودون باقى الدائنين المتضامنين معه. وأخيراً فإن الأجل القضائى لا يحول دون إستعمال الدائن الحق فى الحبس.

ويختلف الأجل القضائى عن الأجل الواقف (إتفاقياً كان أو قانونياً) فى أن الأول لا يحول دون وقوع المقاصة إذا توافرت شروطها بين الدين المؤجل والدين الذى ينشأ فى ذمة الدائن للمدين.

### (د) سقوط الأجل القضائى :

ويسقط الأجل القضائى لنفس الأسباب التى يسقط بها الأجل الإتفاقى وهى: شهر إفلاس المدين أو إعساره، اضعاف المدين بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، عدم تقديم الدائن ما وعد بتقديمه من تأمينات.

## المطلب الثالث

## مكان الوفاء

الأصل أن يتفق المتعاقدان على تحديد مكان الوفاء، وقد يتم صراحة أو ضمناً، وهذا المكان إما أن يكون موطن المدين أو موطن الدائن أو مكان وجود الشئ محل الإلتزام أو أى مكان آخر يتم تحديده.

وقد يتولى المشرع هذا التحديد، كالنص على أن يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع، ما لم يوجد إتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك، فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع، وجب الوفاء به فى المكان الذى يوجد فيه موطن المشترى وقت إستحقاق الثمن[1]. فإذا لم يوجد إتفاق أو نص من هذا القبيل وجب الرجوع إلى القواعد القانونية المكملة فى هذا الصدد، وتختلف تلك القواعد بحسب نوع محل الإلتزام[2].

١- فإذا كان محل الإلتزام شيئاً معيناً بالذات كعقار أو أثاث، وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الإلتزام، ولو نقل الشئ بين وقت نشوء الإلتزام وبين الوفاء به إلى مكان آخر، وإذا كان من الصعب تحديد مكان الشئ بسبب طبيعته المتنقلة كسيارة أو حصان فإنه يرجع إتجاه إرادة المتعاقدين إلى أن يتم تسليمه بموطن المدين.

---

(١) م٤٥٦ مدنى.

(٢) تنص المادة ٣٤٧ مدنى على أنه «١- إذا كان محل الإلتزام شيئاً معيناً بالذات، وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الإلتزام، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك. ٢- أما فى الإلتزامات الأخرى فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفا،، أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الإلتزام متعلقاً بهذه الأعمال».

٢- أما فى الإلتزامات الأخرى، فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، أو قى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الإلتزام متعلقاً بهذه الأعمال. ويسرى ذلك على الإلتزام الذى يكون محله شيئاً مثلياً أو معيناً بنوعه ككمية من القمح أو القطن أو مبلغ من النقود، وعلى كل إلتزام يكون محله عمل أو إمتناع عن عمل، هنا يجب الوفاء، بهذه الإلتزامات، فى موطن المدين وقت الوفاء. ذلك أن الدين مطلوب وليس محمول أى أن الدائن هو الذى يسعى لإقتضاء الدين فى موطن المدين.

وإذا كان الإلتزام متعلقاً بنشاط المدين التجارى أو الصناعى أو الزراعى، فإن الوفاء به يكون فى مركز أعماله، مثال ذلك إلتزام الشركة أو المصنع بتسليم بضائع معينة، هنا يجب تسليمها فى مركز إدارة الشركة أو المصنع لا فى موطن المدين.

ونظراً لأن الحكم السابق مقرر لمصلحة المدين، فله أن يتنازل عنه صراحة أو ضمناً. فإذا كان الدين أقساطاً، وقام المدين بأداء معظم الأقساط فى موطن الدائن، فإن ذلك يعد تنازلاً ضمنياً عن حقه فى أن يكون مكان الوفاء بموطنه أو بمركز أعماله، ويجب عليه، من ثم، الإستمرار فى ذلك بالنسبة لباقى الأقساط.

## المطلب الرابع

## نفقات الوفاء

«تكون نفقات الوفاء على المدين، إلا إذا وجد إتفاق أو نص يقضى بغير ذلك»[1]. ومن أمثلة هذه النفقات مصاريف شحن البضاعة

(١) م٣٤٨ مدنى.

إلى مكان التسليم. ونفقات إرسال الدين إلى الدائن ونفقات نقل الملكية، كمصاريف شهر العقد. ومصاريف إفراز المبيع المعين بالنوع.

ولكن مبدأ تحمل المدين مصاريف الوفاء لا يتعلق بالنظام العام، لذا يجوز للأطراف الإتفاق على ما يخالفه، حيث يمكن الإتفاق على أن يتحمل الدائن كل أو بعض نفقات الوفاء. ومن ناحية أخرى قد ينص المشرع على حكم خاص، لنفقات الوفاء ببعض صور الإلتزام. مثال ذلك النص على أن يتحمل المشترى رسوم تسجيل عقد بيع العقار(١). فالبائع هو المدين بالإلتزام بنقل الملكية ومن ثم كان ينبغى أن يتحمل تلك الرسوم، إلا أن المشرع قرر تحمل المشترى بها. ومثال ذلك أيضاً النص على أن يتحمل الدائن نفقات العرض والإيداع كما رأينا(٢).

## المطلب الخامس

## إثبات الوفاء

يخضع الوفاء، بوصفه تصرفاً قانونياً، للقواعد العامة فى الإثبات، ومن ثم يقع عبء إثبات الوفاء على عاتق المدين بالطرق الجائزة قانوناً(٣).

---

(١) م٤٦٢ مدنى.

(٢) م٣٣٥ مدنى.

(٣) إذا كان المدعى عليه يستند فى إثبات براءة ذمته من الدين لا إلى تصرف قانونى بل إلى واقعة مادية هى إستيلاء المؤجر على الزراعة التى كانت قائمة بالعين المؤجرة، وأن قيمة ما إستولى عليه يزيد على قيمة الإيجار المطالب به، فإنه لا تثريب على المحكمة أن هى أحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات هذه الواقعة، حتى لو كان الإيجار الذى يتمسك المستأجر ببراءة ذمته منه يزيد على نصاب البينة (نقض ٢٨/ ١٠/ ١٩٥٤ س٦ ص٥٥).

يتضح من القواعد العامة أنه يمكن للمدين أن يثبت الوفاء بالإلتزام من خلال المبادئ الآتية:

١- يجوز للمدين إثبات الوفاء بمخالصة مكتوبة، ويلتزم الدائن بتسليمه هذه المخالصة التى تنم عن إستيفائه للدين، على أن تكون مؤرخة وموقعة. وتكون هذه المخالصة حجة فيما بين الدائن والمدين، وتسرى فى حق الغير ولو لم تكن ثابتة التاريخ، إستثناءاً من القواعد العامة(١).

٢- يجوز إستخراج دليل الوفاء من سجلات ودفاتر الدائن أو أوراقه المنزلية، حيث تكون حجة على من صدرت منه إذا ذكر فيها صراحة أنه إستوفى الدين. وإذا أشر الدائن على سند الدين بما يستفاد منه براءة ذمة المدين، كان ذلك حجة كاملة عليه بحصول الوفاء طالما أنه إحتفظ بالسند ولم يخرج من حيازته قط، ولا يشترط أن يكون التأشير موقعاً. وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين فى نسخة أصلية أخرى للسند، أو فى مخالصة، وكانت النسخة أو المخالصة فى يد المدين(٢).

٣- يجوز للموفى، فى حالة الوفاء بجزء من المدين، أن يطلب

---

(١) م١٥ إثبات. انظر مؤلفنا في قانون الاثبات، ٢٠٠٣.

(٢) م١٧، ١٨، ١٩ إثبات.

إن التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعاً منه، مادام لم يخرج قط من حيازته، والتأشير المشطوب حافظاً لقوته فى الإثبات وتقوم به قرينة الوفاء على الرغم سن الشطب إلا إذا نقضها الدائن بإثبات عدم حصول الوفاء وأن الشطب كان يسبب مشروع (نقض ١٩٦٥/٣/٢٥ س١٦ ص٤٠٥).

مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء. فإذا وفى الدين كله كان له أن يطلب رد سند الدين أو إلغاءه. فإذا كان السند قد ضاع كان له أن يطلب من الدائن أن يقر كتابة بضياع السند، وإذا رفض الدائن ذلك، كان للمدين أن يودع الشئ المستحق إيداعاً قضائياً(1).

## المبحث الرابع

## رجوع الموفي علي المدين

نعرض لدعاوى الرجوع، ثم نبين حالات الوفاء مع الحلول، ثم نبين آثاره.

### المطلب الأول

### دعاوى الرجوع (الدعاوى الشخصية ودعوى الحلول)

تبرأ ذمة المدين من الدين. وينقضى بصفة نهائية بالنسبة للجميع،

---

(1) وقد أورد المشرع حكماً خاصاً فى هذا الصدد فى المادة ٣٤٩ مدنى التى تقضى بأنه «١- لمن قام بوفاء جزء من الدين أن يطلب مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء. فإذا وفى الدين كله، كان له أن يطلب رد سند الدين أو إلغائه، فإن كان السند قد ضاع كان له أن يطلب من الدائن أن يقر كتابة بضياع السند.
٢- فإذا رفض الدائن القيام بما فرضته عليه الفقرة السابقة، جاز للمدين أن يودع الشئ المستحق إيداعاً قضائياً».

وإن كانت المادة ٢/٣٤٢ من القانون المدنى تنص على أنه ليس للمدين أن يرفض الوفاء بالجزء المعترف به من الدين إذا قبل الدائن إستثناءه إلا أن المادة ٣٤٩ من ذلك القانون تخوله إذا وفى الدين كله حق المطالبة برد سند الدين أو إلغائه، فإذا رفض الدائن ذلك جاز له أن يودع الشئ المستحق إيداعاً قضائياً.

(نقض ١٩٧٢/٢/١٧ س٢٣ ص٢١١).

إذا تم الوفاء به من المدين أو ممن ينوب عنه. أما إذا تم الوفاء بمعرفة غير المدين، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه، لأنه وفى بدين فى ذمة غيره. فللموفى، طالما كان غير متبرع للمدين بما وفاه، الحق فى الحصول على ما أوفى به أو ما يقابله.

**(أ) الدعوى الشخصية :**

وطبقاً للقواعد العامة يستطيع الموفى الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية. ويختلف أساس هذه الدعوى وفقاً لظروف العلاقة بين الموفى والمدين:

١- فإذا كان الموفى مأموراً من المدين بوفاء الدين فيرجع عليه بدعوى الوكالة ويكون نائباً عنه فى الوفاء. ونفس الحكم إذا كانت علاقة الموفى بالمدين، قبل الوفاء، تتضمن وكالة ضمنية بينهما فى الوفاء، كالعلاقات بين المدينين المتضامنين.

٢- وإذا كان الموفى كفيلاً للمدين، كان للكفيل الرجوع عليه بدعوى الكفالة، أو بغيرها من الدعاوى.

٣- وإن كان الموفى غير ذى مصلحة فى الوفاء بالدين، ولكنه وفى به تحقيقاً لمصلحة عاجلة للمدين، سواء كان بعلمه أو بغير علمه، ولكن دون تفويض أو وكالة منه، ودون معارضته، فإن الموفى يرجع على المدين، فى هذه الحالة بدعوى الفضالة.

٤- أما إذا كان الوفاء قد تم رغم إعتراض المدين، أو إذا لم تتوافر صفة الإستعجال فى الوفاء بالدين، فإن الموفى يرجع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب، حيث يرجع بأقل القيمتين مقدار ما دفع أو مقدار ما وفى من الدين.

٥- وقد يستند الموفى فى رجوعه بالدعوى الشخصية، على المدين إلى نص القانون[١].

مؤدى هذا النص أن للموفى حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه، إذا كان هذا الوفاء قد تم دون أمر المدين أو دون علمه، وبشرط ألا يكون قد إعترض على الوفاء، وأثبت أن له مصلحة فى هذا الإعتراض. وتتحقق مصلحة المدين فى الإعتراض على الوفاء، إذا كان غير نافع له. كما لو كان قد سبق له الوفاء بالدين أو أن يكون الدين قد إنقضى لسبب من أسباب الإنقضاء كالمقاصة أو التقادم. أو أن يكون لدي المدين دفع يؤدى إلى بطلان العقد مصدر هذا الدين أو فسخه أو زواله لأى سبب. أما إذا كان الدين الموفى به ثابتاً فى ذمة المدين، ولم ينقض كلياً أو جزئياً لأى سبب من الأسباب، فإن للموفى أن يرجع على المدين بما وفاه ولو إعترض هذا الأخير على الوفاء.

والرجوع فى كل الحالات السابقة يكون بالدعوى الشخصية التى تقوم على أساس حق شخصى جديد للموفى، له مصدر مستقل عن الدين القديم الذى تم الوفاء به. ومن ثم يكون الموفى مجرد دائن عادى للمدين، يتعرض، بالتالى، لمزاحمة باقى الدائنين، وما يستتبع ذلك من قسمة الغرماء فى حالة إعسار المدين، ولا يستطيع أن يسترد ما أداه كاملاً، بل أن الموفى قد لا يحصل على شئ إذا سبقه دائنون آخرون ذوو حقوق ممتازة أو مضمونة برهون مثلاً. وليس فى ذلك ما يشجع الغير

(١) تنص المادة ٣٢٤ مدنى على أنه «١- إذا قام الغير بوفاء الدين، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه. ٢- ومع ذلك يجوز للمدين الذى حصل الوفاء بغير إرادته أن يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه كلاً أو بعضاً، إذا أثبت أن له أية مصلحة فى الإعتراض على الوفاء».

على الوفاء.

### (ب) دعوى الحلول :

لذلك أجاز المشرع للموفى، بجانب دعواه الشخصية، الرجوع على المدين، فى حالات معينة، بدعوى الحلول، حيث يحل محل الدائن الذى إستوفى حقه، ويرجع بنفس الحق القديم وليس بحق جديد وبنفس دعوى الدائن ضد المدين، لذا فهو يستفيد من التأمينات الشخصية أو العينية التى كانت ضامنة للدين الذى وفاه. وعلى ذلك يكون الموفى بالخيار بين الدعويين: الشخصية، الحلول، فهو يختار منهما الأكثر تحقيقاً لمصالحه، ولكن لا يجوز له الرجوع بالدعويين فى ذات الوقت.

وعلى ذلك فالوفاء مع الحلول نظام قانونى يؤدى إلى الوفاء بالدين مع حلول الموفى محل الدائن فى الرجوع على المدين، أى أن الدين ينقضى فى علاقة المدين بالدائن ويظل قائماً فى علاقة الغير الموفى بالمدين، وتتجلى فائدة هذا النظام «بالنسبة للموفى فى الحصول على توظيف مأمون لأمواله، وبالنسبة للدائن فى حصوله على حقه فى وقت قد لا يستطيع المدين الوفاء له به، وبالنسبة للمدين فى تجنب التنفيذ على أمواله بمعرفة الدائن فى فترة قد يتعذر فيها عليه تلافى مثل هذا الإجراء. أما بالنسبة لباقى دائنى المدين فلن يضربهم هذا الحلول، لأنه لا يترتب عليه إلا تغيير شخص الدائن».

ونعرض لدراسة الوفاء مع الحلول من خلال بحث حالاته قبل التعرض لآثاره.

## المطلب الثانى

## حالات الوفاء مع الحلول

ليس للموفى حق الرجوع على المدين بدعوى الحلول فى جميع حالات الوفاء، بل لابد من جود مصدر قانونى للحلول، وهذا المصدر إما أن يكون نص القانون (الحلول القانونى)، وإما أن يكون إتفاق المتعاقدين (الحلول الإتفاقى).

### الفرع الأول

### الحلول القانوني

هناك حالات محددة بحق للموفى فيها الرجوع على المدين بدعوى الحلول، وتلك الحالات يتم فيها الحلول بقوة القانون، ودون حاجة إلى إتفاق المتعاقدين، وهى مذكورة على سبيل الحصر[١]. ومن ثم لا يمكن أن يكون هناك حلول قانونى دون نص:

**أولاً: إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين، أو ملزماً بوفائه عنه:** يكون الموفى ملزماً بالدين مع المدين إذا كان مديناً متضامناً معه،

---

(١) تنص المادة ٣٢٦ مدنى على أنه «إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفى محل الدائن الذى إستوفى حقه فى الأحوال الآتية:

أ- إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين، أو ملزماً بوفائه عنه. ب- إذا كان الموفى دائناً ووفى دائناً آخر مقدما عليه بما له من تأمين عينى، ولو لم يكن للموفى أى تأمين. جـ- إذا كان الموفى قد إشترى عقاراً ودفع ثمنه لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم. د- إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفى حق الحلول».

أو مديناً معه فى دين غير قابل للإنقسام. فإذا وفى المدين المتضامن أو المدين فى إلتزام لا يقبل الإنقسام بكل الدين للدائن كان له أن يرجع على بقية المدينين معه بقدر حصة كل منهم من الدين، وهو فى رجوعه يحل محل الدائن فى دعواه قِبل المدين.

ويكون الموفى ملزماً بالدين عن المدين إذا كان كفيلاً له فى الدين الموفى به، سواء كان كفيلاً شخصياً أو عينياً، وسواء كان متضامناً مع المدين أو غير متضامن معه. فإذا وفى الكفيل الدين، كان له أن يرجع بدعوى الحلول على المدين بما دفعه.

**ثانياً: وفاء الدائن المتأخر لدائن متقدم:** فإذا كان الموفى دائناً ووفى دائناً آخر مقدماً عليه بماله من تأمين عينى، ولو لم يكن للموفى أى تأمين، كان له أن يحل محل الدائن، فيرجع على المدين بدعوى الحلول.

فإذا وُجد دائنان لنفس المدين، أحدهما دائن عادى والثانى صاحب تأمين عينى (رهن أو إختصاص أو إمتياز)، فإن الثانى يتقدم على الأول. وقد يتمتع كل منهما بتأمين عينى، إلا أن أحدهما يتقدم على الآخر بسبب أسبقيته فى شهر حقه. فإذا وفى الدائن المتأخر، سواء كان دائناً عادياً أم له تأمين عينى، الدائن الذى يتقدمه بتأمين عينى، كان للدائن الموفى أن يحل محل الدائن الذى إستوفى حقه فى رجوعه على المدين.

«فلو فرض أن عقاراً رهن لدائنين على التوالى، فللدائن المتأخر مصلحة فى الوفاء بحق الدائن المتقدم والحلول محله فيه، فقد يوفق

بذلك إلى وقف إجراءات التنفيذ إذا كانت قد بوشرت فى وقت غير ملائم، على أن يعود إليها متى إستقامت الأحوال، وقد يتيسر له أحياناً أن ينتفع من تأمينات أخرى خصصت لضمان الدين الذى قام بأدائه. وقد يكون من مصلحة أحد الدائنين العاديين أن يقوم بالوفاء بدين الدائنين المرتهنين حتى يفيد من مزايا الحلول. ويراعى أن الدائن المتقدم فى المرتبة لا يحل حلولاً قانونياً إذا وفى دائناً متأخراً عنه حتى يتيسر له وقف إجراءات التنفيذ لعدم ملاءمة الظروف، فالحلول لا يتم فى هذه الحالة إلا بالتراضى».

**ثالثاً: وفاء الحائز للعقار المرهون بالدين المضمون:** يقصد بالحائز هنا من يكتسب ملكية العقار المثقل بتأمين عينى (مرهون مثلاً لضمان دين معين) دون أن يكون مسؤولاً شخصياً عن الدين المضمون به. فإذا كان الحائز قد إشترى هذا العقار ودفع ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم، فإنه يحل محلهم فى هذه الحقوق.

وينطوى هذا الحلول على أكثر من فائدة للحائز الموفى:

١- للحائز أن يطهر العقار من الرهن حتى يخلص له العقار خالياً من كل رهن، ويتفادى بذلك قيام الدائن المرتهن، بمقتضى ماله من حق تتبع العقار المرهون فى يد حائزه، من إتخاذ إجراءات التنفيذ على هذا العقار.

٢- ومن ناحية أخرى، إذا كان العقار مرهوناً لدائنين، وكان ثمن العقار أو قيمته لا يكفى إلا لسداد الدائن المرتهن الأول، كان للمشترى

(الحائز) أن يدفع الثمن لهذا الدائن فيوفيه حقه، ويحل محله فى مرتبة رهنه، ويصبح له رهن على عقاره، أى أن الحائز يصبح دائناً مرتهناً للعقار الذى تملكه بالشراء، فيؤدى ذلك إلى قعود الدائن المرتهن الثانى عن إتخاذ إجراءات التنفيذ على هذا العقار لإنعدام مصلحته فى ذلك، لأن قيمة العقار لا تكفى إلا لسداد الدين الأول، الذى سيختص به الحائز لحلوله محل الدائن المرتهن الأول.

٣- وأخيراً، فإن قيام الحائز بوفاء الدين المضمون بالرهن يمكنه من الحلول محل الدائن المرتهن فى كل حقوقه، بما فى ذلك الرهن المقرر على العقار والتأمينات الأخرى المخصصة لضمان نفس الدين سواء وردت على ذات العقار أو على غيره من العقارات، وسواء تعلق الأمر بتأمين عينى أو بتأمين شخصى. وتبدو أهمية هذا الحلول فى ضمان إسترداد الحائز (المشترى) الثمن الذى دفعه فى حالة إبطال البيع، الذى تملك العقار المرهون بموجبه، أو فسخه. وإذا كان ما وفاه الحائز يزيد عن الثمن الذى يلتزم به، كان له الرجوع على البائع بهذه الزيادة حالاً محل الدائن فى حقه ومستفيداً مما يكون له من ضمانات شخصية أو عينية.

**رابعاً: وجود نص قانونى يقرر للموفى حق الحلول:** ينص المشرع، فى أكثر من موضع، على عدة حالات أخرى يكون للموفى فيها حق الحلول. فمن ذلك مثلاً حلول موفى الكمبيالة محل الحامل فى حقوقه. فمن المقرر أن «من دفع قيمة كمبيالة بطريق التوسط يحل محل حاملها، فيحوز ماله من الحقوق». وكذلك النص على حلول المؤمن بما دفعه من تعويض بسبب الحريق فى الدعاوى التى تكون للمؤمن له قبل

من تسبب بفعله فى الضرر الذى نجمت عنه مسؤولية المؤمن[1].

## الفرع الثاني

## الحلول الإتفاقي

يتم الحلول الإتفاقى إما بإتفاق بين الدائن والموفى أو بين المدين والموفى.

### (أ) الحلول الإتفاقى مع الدائن:

«للدائن الذى إستوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحله محله، ولو لم يقبل المدين ذلك، ولا يصح أن يتأخر هذا الإتفاق عن وقت الوفاء»[2].

يجوز للدائن الذى يستوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير الموفى على أن يحل محله فى حقوقه، ولا يشترط رضاء المدين بذلك، أى أن الموفى يحل محل الدائن فى حقوقه قبل المدين ولو لم يرض المدين بهذا الحلول.

ويجب لصحة هذا الإتفاق ألا يتأخر إبرامه، عن وقت الوفاء، ويجوز، من ثم، الإتفاق على الحلول قبل الوفاء أو وقته لا بعد ذلك. ويقصد من هذا الشرط درء التحايل والتواطؤ بهدف إستخدام الحلول كوسيلة للإضرار ببعض الدائنين، «فقد يتواطؤ الدائن مع المدين بعد أن يكون هذا قد إستوفى حقه، فيتفقان غشاً على حلول أحد الأغيار لتفويت حق دائن مرتهن ثان متأخر فى المرتبة فيما لو أقر النص صحة

---

(1) م١٥٨ تجارى، ٧٧١ مدنى.

(2) م٣٢٧ مدنى. البدراوى ص٣٤٦

الإتفاق على الحلول بعد الوفاء».

ولا يشترط لصحة الإتفاق أى شكل خاص، ويخضع فى إثباته للقواعد العامة فى الإثبات، ويتم هذا الإتفاق، غالباً، فى صورة مخالصة مكتوبة، ويجب أن تكون هذه المخالصة ثابتة التاريخ حتى يُحتج بالإتفاق على الحلول فى مواجهة الغير، وذلك خلافاً للقاعدة العامة التى لا تشترط ثبوت المخالصة بالوفاء العادى حتى تكون حجة على الغير. تبدو أهمية الكتابة وإثبات التاريخ كدليل عن وقت الإتفاق على الحلول.

**(ب) الحلول بالإتفاق مع المدين :**

يجوز أيضاً للمدين إذا إقترض مالاً وفى به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذى إستوفى حقه، ولو بغير رضاء هذا الدائن، على أن يذكر فى عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء، وفى المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذى أقرضه الدائن الجديد»[1].

يتضح من ذلك أنه يجوز للمدين الإتفاق مع الغير على الحلول محل الدائن فى حقه قبله ولو بدون رضاء الدائن، إلا أنه يشترط لوقوع الحلول فى هذه الحالة شرطان هما:

**الأول:** أن يبرم المدين قرضاً مع الغير بقصد الحصول على المال اللازم للوفاء بحق الدائن. لذا يجب أن يذكر فى عقد القرض أن المال المقترض مخصص للوفاء بهذا الدين، وهذا هو المبرر لحلول المقترض محل الدائن فى حقوقه.

---

(١) م٣٢٨ مدنى.

**الثاني:** يجب أن يذكر الدائن فى المخالصة التى يقر فيها بإستيفاء حقه أن الوفاء كان بالمال موضوع القرض.

ويقصد من هذين الشرطين إثبات أن كل من القرض، والإتفاق على الحلول، أمر سابق أو على الأقل معاصر للوفاء بحق الدائن وذلك منعاً لتواطؤ الدائن والمدين والمقرض على الإضرار بحقوق الدائنين الآخرين. كما لو كان للمدين عدة دائنين مرتهنين على عقار واحد، وتم الوفاء للدائن الأسبق فى المرتبة، فلو جاز للمدين الإتفاق مع شخص آخر على أن يحل محل هذا الدائن المتقدم الموفى له، بعد الوفاء، لأدى ذلك إلى الإضرار بحق الدائن المرتهن التالى للأول فى المرتبة. على حين أنه لو تم الوفاء من المال الذى قدمه المقرض الموفى، فإن هذا الأخير سيحل محل الدائن المتقدم فى حقوقه بما فى ذلك الرهن بنفس مرتبته.(1)

لذا فإنه من اللازم أن يكون لعقد القرض ولسند المخالصة تاريخ ثابت لإمكان الإحتجاج بهما على الغير، كالدائن المرتهن الثانى، ففضلاً عن أن ثبوت التاريخ شرط الإحتجاج بالمحرر العرفى على الغير، فإنه الوسيلة الوحيدة لإثبات أن القرض، وبالتالى، الإتفاق على الحلول، لم يتأخر عن الوفاء بالدين.

---

(١) Mestre, La subrogation personnelle, 1979, p50

## المطلب الثالث

## آثار الوفاء مع الحلول

### الفرع الأول

### إنتقال حق الدائن إلي الموفي

«من حل قانوناً أو إتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفوع، ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن»(1).

يتضح من ذلك أنه يترتب على الحلول، القانونى أو الإتفاقى، حلول الموفى محل الدائن فى نفس الحق الذى كان له، فيرجع على المدين كما لو كان الدائن نفسه هو الذى يطالب بحقه، أى أن الموفى يحل محل الدائن فى حقه بما لهذا الحق من خصائص، وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفوع:

١- فالحق ينتقل إلى من تم الحلول له، بما له من خصائص، كما إذا كان تجارياً، أو كانت له مدد تقادم خاصة، أو كان السند المثبت له واجب التنفيذ.

٢- يحل الموفى محل الدائن فى الحق وتوابعه. فإذا كان هذا الحق منتجاً لفوائد بسعر معين، ظل ينتج هذه الفوائد. ويكون للموفى الحق فى إقتضائها. ويعتبر من توابع الحق أيضاً الدعاوى المتصلة به، كدعوى الفسخ فى حالة حلول الموفى محل البائع، حيث يجوز للأول إذا لم

---

(1) م٣٢٩ مدنى.

يستوفى من المشترى الثمن الذى دفعه للبائع أن يطلب فسخ البيع وإسترداد المبيع.

٣- ينتقل الحق إلى الموفى مع الضمانات المقررة للوفاء به، سواء كانت تأمينات شخصية، كالكفالة أو التضامن مع مدين آخر، أو عينية كرهن أو إمتياز أو إختصاص.

٤- ينتقل الحق إلى الموفى بكل ما يرد عليه من دفوع، كأسباب البطلان والإنقضاء، فيجوز للمدين أن يدفع مطالبة الموفى بما كان يستطيع أن يدفع به مطالبة الدائن نفسه، كالتمسك فى مواجهته ببطلان الحق أو إنقضائه أو فسخه أو عدم حلول الأجل. ويستثنى من ذلك الدفوع المتعلقة بواقعة غير منفكة عن شخص الدائن، كالدفع بقصر الدائن، فهو لا يظل قائماً بعد الحلول متى كان من تم الحلول له كامل الأهلية.

## الفرع الثاني

## حالات الحلول الناقص

الأصل أن يحل الموفى محل الدائن فى كل حقه، إلا أن هناك بعض الحالات التى لا يتم فيها الحلول بصورة كاملة، ويمكن إرجاع هذه الحالات إلى صور ثلاثة :

### الصورة الأولى: الوفاء الجزئى :

إن الهدف من الحلول هو تمكين الموفى من أن يحصل من المدين على ما أداه للدائن، ومن ثم فإن الحلول يقتصر على ما دفعه الموفى فقط، وإعمال هذا المبدأ يقتضى منا التمييز بين عدة فروض:

١- أن يتنازل الدائن عن بعض حقه، ويقوم الموفى بالوفاء بالجزء المتبقى، ويترتب على هذا الوفاء الجزئى إنقضاء الدين بأكمله. وفى هذه الحالة يرجع الموفى على المدين بالقدر الذى أداه من ماله للدائن وليس بمقدار الدين. مؤدى ذلك أن تنازل الدائن عن جزء من الدين يفيد المدين ولا يفيد الموفى، حيث لا يمكنه الرجوع على المدين إلا بقدر ما دفعه فعلاً لا بقيمة الدين كله، وذلك عكس الحال فى حوالة الحق. حيث يرجع المحال له على المدين بكل الحق المحال به ولو كان قد دفع فيه للمحيل ثمناً أقل من قيمته لأن حوالة الحق تتم بقصد المضاربة والربح، أما الوفاء مع الحلول فيتم غالباً بقصد إسداء خدمة للمدين، ومن ثم فإن الموفى لا يرجع على المدين إلا بالقدر الذى وفاه.

٢- إذا قام الموفى بسداد جزء من الدين للدائن، دون أن يتنازل هذا الأخير، عن الباقى منه، فى هذه الحالة يصبح للمدين دائنان: الموفى حيث يحل محل الدائن فى حدود ما وفى به، الدائن الأصلى بالنسبة للجزء الباقى من الدين. فإذا تزاحم الإثنان تقدم الدائن الأصلى على الموفى. ويكمن أساس هذا الحكم فى النية المفترضة للمتعاقدين، فالغالب أن الدائن لا يقبل الوفاء الجزئى بحقه من غير المدين إلا إذا إحتفظ لنفسه بالتقدم عليه فى إستيفاء الجزء الباقى من المدين[1]. ويترتب على ذلك إستبعاد هذا الحكم فى حالة وجود إتفاق مخالف، كما لو إتفق الموفى مع الدائن على المساواة بينهما فى الرجوع على

---

(١) فإذا كان الدين خمسة آلاف وقام الموفى بوفاء ثلاثة آلاف. وعند الرجوع على المدين والتنفيذ على أمواله بلغت الحصيلة ثلاثة آلاف فقط، فإن الدائن الأصلى يقبض ألفان، ويقبض الموفى ألفاً فقط. Planequeel. note, g. p. 1981. 470

المدين، أو على أن يتقدم الموفى على الدائن[1].

٣- وقد يقوم بوفاء الدين أكثر من شخص، حيث يقوم كل منهم بوفاء جزء منه، هنا يحل كل موفى محل الدائن فى حدود الجزء الذى وفاه، ويرجع كل منهم على المدين بالقدر الذى وفى به. ويكون لهم نفس المرتبة، ويستفيدون جميعاً من ضمانات حق الدائن، ويقتسمون أموال المدين قسمة غرماء، بغض النظر عن تاريخ وفاء كل منهم بالجزء من الدين وحلوله محل الدائن[2].

**الصورة الثانية: الوفاء من أحد الملزمين بالدين:**

فإذا وفى أحد المدينين المتضامنين أو أحد المدينين فى دين غير قابل للإنقسام، بكل الدين للدائن، كان له أن يحل، بحكم القانون، محل هذا الدائن. ولكن المدين الموفى لا يستطيع الرجوع على باقى المدينين معه إلا بقدر نصيب كل منهم فى الدين[3].

ونفس الحكم بالنسبة للدين الذى لا يقبل الإنقسام، حيث يكون «للمدين الذى وفى بالدين حق الرجوع على الباقين كل بقدر حصته إلا

(١) وتنص المادة ١/٣٣٠ مدنى على ذلك بقولها: «إذا وفى الغير الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء، ويكون فى استيفاء ما بقى له من حق مقدماً على من وفاه، ما لم يوجد إتفاق يقضى بغير ذلك».

(٢) وتقرر المادة ٢/٣٣٠ مدنى ذلك بقولها: «إذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من حق رجع من حل أخيراً هو ومن تقدمه فى الحلول بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء».

(٣) وتنص على ذلك المادة ١/٢٩٧ مدنى بقولها: «إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين، فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقين إلا بقدر حصته فى الدين. ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن».

إذا تبين من الظروف غير ذلك». ونفس الحكم فى حالة الكفلاء المتضامنين. فإذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله، كان له أن يرجع على كل من الباقين بحصته فى الدين وبنصيبه فى حصة المعسر منهم[1].

**الصورة الثالثة: الوفاء من أحد الحائزين:**

إذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين وحل محل الدائنين، فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار مرهون فى ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار»[2].

ينطبق هذا الحكم على حالة ما إذا كانت هناك رهون متعددة على عقارات مختلفة لضمان نفس الدين، ثم إنتقلت ملكية هذه العقارات إلى أشخاص متعددين، فى هذه الحالة يوجد أكثر من حائز لتلك العقارات. فإذا وفى أحد الحائزين لعقار منهما كل الدين، وحل محل الدائن، فإنه لا يستطيع أن يرجع على الحائزين الآخرين إلا بقدر نصيبه فى الدين بحسب قيمة العقار الذى حازه[3].

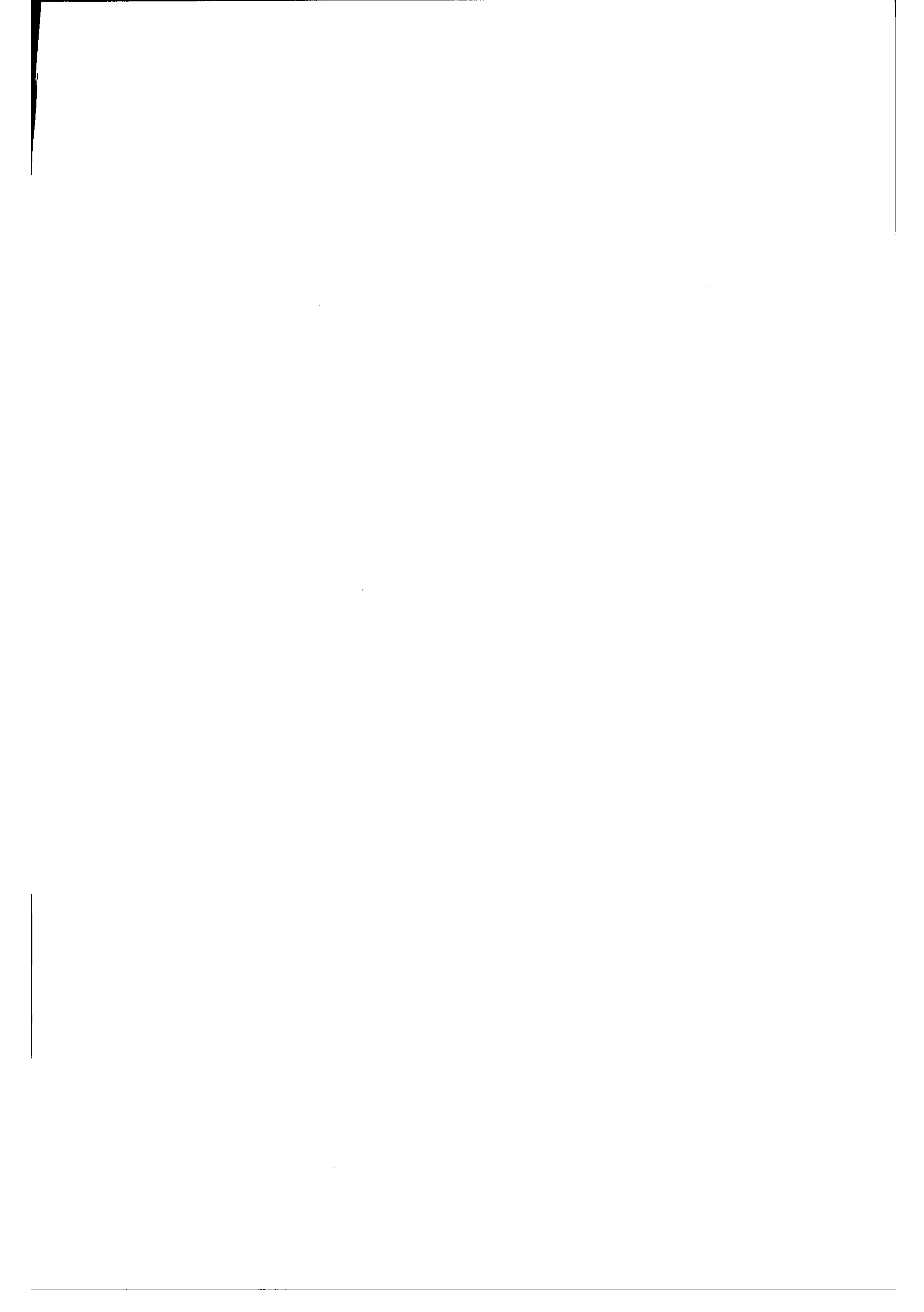
فإذا كان الدين ستة آلاف وكان مضموناً بثلاثة رهون على عقارات ثلاثة قيمة الأول ستة آلاف، والثانى أربعة آلاف، والثالث ألفان. فإذا وفى حائز العقار الأول كل الدين لم يكن له أن يرجع على حائز العقار الثانى إلا بمبلغ ألفين، وعلى الثالث بمبلغ ألف، ويتحمل هو ثلاثة الاف.

---

(١) م٢/٣٠١، ٧٩٦ مدنى.

(٢) م٣٣١ مدنى.

(٣) وينطبق نفس الحكم فى حالة تعدد المشترين للعقار المرهون. السنهورى ص٦٩٤



# الفصل الثانى
# إنقضاء الإلتزام بما يعادل الوفاء

ينقضى الإلتزام بما يعادل الوفاء بعدة أسباب هى: الوفاء بمقابل، التجديد، الإنابة فى الوفاء، المقاصة، إتحاد الذمة، ونخصص لكل منها مبحثاً مستقلاً.

## المبحث الأول
## الوفاء بمقابل

### (أ) تعريف الوفاء بمقابل :

«إذا قبل الدائن فى إستيفاء حقه مقابلاً إستعاض به عن الشئ المستحق، قام هذا مقام الوفاء»[1].

يتضح من ذلك أن الوفاء بمقابل أو الإعتياض، هو قبول الدائن مقابلاً يستعيض به عن المستحق له أصلاً. فالأصل أن المدين يلتزم بالوفاء بعين ما إلتزم به، ولا يمكن إجبار الدائن على قبول الوفاء بشئ آخر مختلف ولو كان أكبر قيمة. إلا أنه يملك قبول الوفاء بشئ آخر خلاف المستحق أصلاً. وفى هذه الحالة يقوم المدين، فى سبيل الوفاء بما هو ملتزم به قِبل الدائن، بإعطاء الدائن شيئاً آخر غير الذى كان ملتزماً بأدائه.

ويغلب أن يتم الوفاء بمقابل فى حالة ما إذا كان المدين ملتزماً

---

(١) م٣٥٠ مدنى.

بأداء مبلغ من النقود، ويعجز عن الوفاء به، فيقدم بدلاً من النقود شيئاً معيناً ينقل ملكيته إلى الدائن، كتقديم بضاعة أو سلعة أو عقار، وقد يكون المدين ملتزماً بنقل ملكية عقار أو منقول، ويقدم بدلاً من ذلك نقوداً أو شيئاً آخر، وقد يكون محل الإلتزام الأصلى إعطاء أو عمل أو إمتناعاً عن عمل، فينقل المدين بدلاً منه ملكية شئ معين، كدفع التاجر مبلغاً من النقود عوضاً عن إلتزامه بعدم المنافسة خلال مدة معينة. ولا يتصور العكس. فلا يمكن أن يقدم المدين عملاً بدلاً من النقود التى يلتزم بها لأن تقديم العمل يستغرق زمناً معيناً، ففى هذه الحالة نكون بصدد تجديد للإلتزام بتغيير محله، ولا نكون بصدد وفاء بمقابل حيث تكمن طبيعته فى أن يكون الإتفاق عليه مصحوباً بتنفيذه.

**(ب) أركان الوفاء بمقابل:**

يتضح من التعريف السابق أنه يشترط لتحقيق الوفاء بمقابل توافر عنصرين:

**الأول:** أن يوجد إتفاق يقبل فيه الدائن الإستعاضة عن الوفاء بمحل الإلتزام الأصلى بنقل ملكية شئ آخر إليه، أى أن يقوم المدين بتقديم مقابل لما كان عليه من إلتزام، فذمته لا تبرأ بالوفاء بمحل الإلتزام الأصلى، بل بتقديم شئ آخر بدلاً منه.

فالوفاء بمقابل يتم بإتفاق جديد، بعد نشوء الدين، بين الدائن والمدين، ويخضع هذا الإتفاق للقواعد العامة من حيث الأهلية والمحل والسبب، إلا أنه فيما يتعلق بالمحل ينبغى أن يتمثل فى نقل ملكية شئ إلى الدائن بدلاً من الإلتزام الأصلى، سواء تمثل محله فى نقل ملكية شئ أو إعطاء أو عمل أو إمتناع عن عمل. ولا يجوز أن يكون البديل

الذى يقدمه المدين للدائن عملاً أو إمتناعاً عن عمل، وإلا كنا بصدد تجديد للإلتزام كما رأينا فى تعريف الوفاء بمقابل.

ومن جهة أخرى فإن هذا البديل لا يكون داخلاً فى نطاق الإلتزام الأصلى، بل هو أمر جديد تم الإتفاق عليه بعد نشوء الدين، وهذا ما يميز الوفاء بمقابل عن كل من الإلتزام البدلى والإلتزام التخييرى حيث يتعدد فيهما المحل منذ نشوء الإلتزام، ويكون الشئ الذى يفى به المدين داخلاً أصلاً فى نطاق الإلتزام الأصلى منذ البداية.

**الثانى:** يجب أن يكون الإتفاق على الوفاء بمقابل مصحوباً بتنفيذه، أى أنه ينبغى أن يقوم المدين، فى الحال، بنقل ملكية الشئ البديل فعلاً إلى الدائن. وتنتقل الملكية فى الأشياء المعينة بالنوع عن طريق الإفراز، وفى الأشياء المعينة بالذات بمجرد العقد، وفى العقارات بالتسجيل. أما إذا إكتفى الطرفان بالإتفاق على إستبدال محل الإلتزام دون تنفيذه فإن ذلك يكون تجديداً للإلتزام بتغيير محله لا وفاء بمقابل.

**(جـ) طبيعة الوفاء بمقابل:**

يذهب الرأى الراجح فى الفقه إلى أن الوفاء بمقابل عملية قانونية مركبة من تجديد ووفاء عن طريق نقل الملكية. فهو إتفاق على التجديد بتغيير محل الدين، وينقضى الدين الأصلى عن طريق التجديد وليس عن طريق الوفاء، ومن ناحية أخرى يتم الوفاء بالمحل الجديد فوراً وفى نفس الوقت مع التجديد، أى أن الدين ينقضى بالوفاء عيناً عن طريق نقل ملكية الشئ المستعاض به عن المحل الأصلى.

«ويراعى أن الوفاء بالدين القديم لا يتم بمقتضى الإدلاء بالعوض، وإنما ينشأ إلتزام جديد يحل محل هذا الدين، وهذا الإلتزام هو الذى

ينقضى بالوفاء فور الوقت عن طريق إنتقال حق الملك فى ذلك العوض. فالإعتياض والحالة هذه ليس إلا تجديداً يُتبع بالوفاء بالإلتزام الجديد على الفور. وآثر المشرع أن يختص الوفاء بمقابل ببعض النصوص إزاء ما هو ملحوظ من إزدواج أثره وتراكب طبيعته فى فقه القانون: فيراعى من ناحية أن الإدلاء بعوض ينقل ملكية ما يؤدى فى مقابل الوفاء، وفى هذه الحدود تطبق أحكام البيع. ويراعى من ناحية أخرى أنه يهيئ للمدين طريقاً لإبراء ذمته من الدين، وفى هذا النطاق تطبق قواعد الوفاء، وقد يقال أخيراً أن الإعتياض ينتهى أمره إلى تجديد يعقبه الوفاء مباشرة».

**(د) آثار الوفاء بمقابل :**

«يسرى على الوفاء بمقابل، فيما إذا كان ينقل ملكية شئ أعطى فى مقابله الدين، أحكام البيع، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الإستحقاق وضمان العيوب الخفية، ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء. وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وإنقضاء التأمينات»[1].

يتضح من ذلك وعلى ضوء ما سبق ذكره عن طبيعة الوفاء بمقابل من أنه عمل مركب من تجديد ووفاء عن طريق نقل الملكية. ومن ثم فإنه يترتب على الوفاء بمقابل الآثار الآتية:

**أولاً:** يترتب على الوفاء بمقابل بإعتباره يتضمن إتفاقاً على التجديد إنقضاء الدين الأصلى، وتنقضى معه التأمينات التى كانت تضمن الوفاء به.

---

(١) م٣٥١ مدنى.
Chautmette, la subrogation, R. T. D. C. 86. 33

**ثانياً:** يترتب على الوفاء بمقابل بإعتباره ناقلاً للملكية بعوض تطبيق أحكام البيع:

١- يجب أن يكون الموفى أهلاً للتصرف فيما ينقل ملكيته، وأن يكون الدائن أهلاً لشراء ما يقبله إستيفاء لحقه.

٢- يكون للدائن الرجوع على المدين طبقاً لقواعد ضمان الإستحقاق المقررةفى عقد البيع، إذا إستُحق المقابل كلياً أو جزئياً فى يد الدائن، أى إذا تبين أنه غير مملوك للمدين وإسترده مالكه من الدائن.

٣- إذا كشف الدائن فى المقابل عيباً خفياً ينقص قيمته، ولم يجر العرف على التسامح فيه، كان له أن يرجع على المدين بضمان العيوب الخفية المقرر فى عقد البيع.

٤- تنتقل ملكية المقابل من المدين إلى الدائن طبقاً لأحكام إلتزام البائع بنقل الملكية. فإذا كان المقابل عقاراً، فإن الوفاء بمقابل لا ينتج أثره إلا بتسجيل الإتفاق عليه.

٥- وبصفة عامة، يكمن القول بأن أحكام البيع الأخرى تسرى على الوفاء بمقابل، كحق الدائن فى طلب الفسخ إذا إستحق المقابل مثلاً، وحق المدين فى طلب الفسخ إذا لم يؤد الدائن المعدل النقدى المتفق عليه. ويكون حق المدين فى إستيفاء ذلك المعدل مضموناً بإمتياز البائع.

**ثالثاً:** ويترتب على إعتبار الوفاء بمقابل وفاء تطبيق أحكام الوفاء الخاصة بتعيين جهة الدفع، السابق عرضها، فى حالة وجود عدة ديون للدائن فى ذمة المدين. وتطبق كذلك الأحكام الخاصة بتعيين مكان

الوفاء. وتلك الخاصة بإسترداد الموفى لما دفعه طبقاً لقواعد رد غير المستحق، إذا تبين أن الدين لا وجود له أو أن المدين قام بالوفاء لمن لا يستحقه. وأخيراً يجوز لدائنى الموفى الطعن بالدعوى البوليصية فى نقل ملكية الشئ إلى الدائن بإعتباره وفاء لا تصرفاً فى هذا الشئ.

## المبحث الثاني

## التجديد

**تعريف التجديد :**

التجديد هو إحلال دين جديد محل الدين القديم، ويختلف الدين الجديد عن القديم إما فى محله أو فى مصدره أو فى أحد طرفيه. فالتجديد إذن هو إتفاق على إنقضاء إلتزام قديم، وإنشاء إلتزام جديد يحل محله ويختلف عنه فى عنصر من عناصره، قد يكون الدين (المحل أو المصدر) أو أحد طرفيه (الدائن أو المدين).

ويشبه التجديد هنا الوفاء بمقابل، حيث يستبدل فى الحالتين محل الإلتزام بمحل جديد، ولكن الفارق الجوهرى يبدو فى أن الإلتزام الجديد يظل قائماً فى ذمة المدين فى التجديد، أما فى الوفاء بمقابل فإن الوفاء ينفذ فوراً.

وقد تضاءلت الأهمية العملية للتجديد فى الوقت الحاضر لوجود نظم قانونية أخرى تحقق نفس الغاية التى يحققها، فحوالة الحق تغنى عن التجديد بتغيير الدائن، وحوالة الدين تغنى عن التجديد بتغيير المدين، والوفاء بمقابل يغنى فى كثير من الأحيان عن التجديد بتغيير المحل، لذلك أغفلت بعض الشرائع الحديثة، كالتشريع الألمانى، نظام التجديد. ومع ذلك يجب ألا نغفل أهمية هذا النظام عند الرغبة فى

إستبدال محل الإلتزام أو مصدره. هذا بالإضافة إلى أهميته كنظرية قانونية يتوقف عليها تفسير العديد من النظم القانونية[1].

ونعرض لدراسة التجديد من خلال بيان شروطه وآثاره.

## المطلب الأول

## شروط التجديد

يشترط لتمام التجديد توافر شروط ثلاثة: وجود إلتزام قائم يحل محله إلتزام جديد، إختلاف الإلتزام الجديد عن القديم فى أحد العناصر، توافر قصد أو نية التجديد.

---

(١) يختلف مذهب التقنينات اللاتينية عن مذهب التقنينات الجرمانية فيما يتعلق بالأحكام الخاصة بالتجديد، فقد جرت الأولى على افراد مكان لهذه الأحكام فى النصوص، متأثرة بما كان لها من منزلة فى القانون الرومانى، وقد كان هذا القانون يجهل حوالة الحق وحوالة الدين على حد سواء، فألجئ بذلك إلى الإستعاضة بالتجديد عن هذا وتلك. أما الثانية فتهمل التجديد على نقيض ذلك، وتستعيض عه بحوالة الحق وحوالة الدين، وهما بطبعهما أدنى إلى التمشى مع التصوير المادى للإلتزام. على أن الفوارق بين هذين المذهبين أقرب إلى المساس بالغرض منها إلى المساس بالجوهر، فالتقنينات اللاتينية تقر صراحة حوالة الحق، ولا تمانع على وجه الإطلاق فى حوالة الدين. والتقنينات الجرمانية لا تضيق بالتجديد حيث تتضح جدواه كما هو الشأن فى التجديد بتغيير الدين بوجه خاص، ولم ير المشروع أن يشذ عن التقليد اللاتينى، ولاسيما أن الإنابة مع أهميتها تقترن بالتجديد بإعتبارها مجرد وصف من أوصافه ... ويعتبر التجديد طريقاً من طرق إنقضاء الإلتزام ومصدراً من مصادر إنشائه فى آن واحد. وليس شك فى أن الحوالة والإنابة والحلول تحقق الغرض المقصود من هذا النظام أو تفضله من وجوه. وهذا هو ما حدا بالتقنينات الجرمانية إلى إغفاله.. بيد أن للتجديد مزايا باقية تتجلى قيمتها عندما يراد إستبدال محل الإلتزام أو مصدره... وقد عرض المشروع لبعض الأحكام الخاصة بالتجديد ذاته بشئ من الضبط والتحديد، لاسيما ما تعلق منها بتجديد الإلتزام الباطل أو القابل للبطلان، وبالتطبيقات العملية لفكرة عدم إفتراض التجديد، وبإنتقال التأمينات إلى الإلتزام الجديد (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٤٣).

### (أ) إحلال إلتزام جديد محل إلتزام قديم:

لا يتم التجديد إلا إذا كان هناك إلتزام قائم يراد إستبداله بإلتزام آخر جديد. فإذا كان الإلتزام القديم قد إنقضى بأى سبب من أسباب الإنقضاء، أو وقع باطلاً، فلا يمكن أن يكون محلاً للتجديد.

أما إذا كان الإلتزام القديم قابلاً للإبطال (لنقص فى الأهلية أو لعيب فى الإرادة)، فإنه يجوز تجديده، لأنه إلتزام موجود لكنه مهدد بالزوال. وتتوقف نتيجة التجديد على مصير التصرف مصدر هذا الإلتزام، فإذا ما طلب ذو الشأن إبطاله زال الإلتزام بأثر رجعى وزال التجديد تبعاً لذلك لزوال سببه.

ولكن نظراً لأن الإلتزام القابل للإبطال يقبل الإجازة صراحة أو ضمناً، وينقلب صحيحاً بهذه الإجازة، فانه إذا أقدم صاحب الحق فى التمسك بالإبطال، على تجديد الإلتزام، رغم علمه بالعيب الذى لحق العقد مصدر هذا الإلتزام، كان ذلك بمثابة إجازة ضمنية للعقد، وينقلب صحيحاً، ويصح التجديد بالتبعية[١]. مثال ذلك أن يبرم ناقص الأهلية عقداً، وعند بلوغه سن الرشد يقوم بتجديد الإلتزام الناشئ عن هذا العقد.

ويجب أن يكون الإلتزام الجديد قائماً وصحيحاً كذلك. فالتجديد لا يتم إذا كان هذا الإلتزام قد إنقضى أو كان باطلاً. أما إذا كان قابلاً

---

(١) وتنص المادة ٣٥٣ مدنى على ذلك بقولها: «لا يتم التجديد إلا إذا كان الإلتزامان القديم والجديد قد خلا كل منهما من أسباب البطلان، ٢- أما إذا كان الإلتزام القديم ناشئاً عن عقد قابل للإبطال، فلا يكون التجديد صحيحاً إلا إذا قصد بالإلتزام الجديد إجازة العقد وأن يحل محله». حسام الاهوانى ص٤٥٥

للإبطال، فإن التجديد يتم ويظل قائماً حتى يقضى ببطلان هذا الإلتزام. فإذا قضى بإبطاله، بقى الإلتزام القديم قائماً لإمتناع أثر التجديد[١].

وجدير بالذكر، فى النهاية أن الإتفاق على التجديد قد يكون بسيطاً وقد يكون موصوفا أى معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل، وقد يكتسب هذا الوصف بالتبعية للإلتزام القديم أو الإلتزام الجديد، حيث يمكن أن يكون أحدهما معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل، حينئذ يتوقف مصير التجديد على مصير هذا الإلتزام[٢].

**(ب) إختلاف الإلتزام الجديد عن القديم :**

«يتجدد الإلتزام: **أولاً:** بتغيير الدين، إذا إتفق الطرفان على أن يستبدلا بالإلتزام الأصلى إلتزاماً جديداً يختلف عنه فى محله أو فى

---

(١) يشترط لصحة التجديد ألا يكون أحد الإلتزامين، القديم أو الجديد، مطلق البطلان، فإذا كان الإلتزام القديم باطلاً إستتبع ذلك بطلان الإلتزام الجديد لتخلف سببه. وإذا كان الإلتزام الجديد باطلاً بقى الإلتزام القديم قائماً لإمتناع أثر التجديد. أما إذا كان أحد الإلتزامين قابلاً للبطلان، فقد تترتب آثار التجديد، فإن كان الإلتزام القديم هو القابل للبطلان كان للتجديد أثران، أولهما إجازة الإلتزام القديم والثانى إنشاء إلتزام جديد يحل محله، وإن كان الإلتزام الجديد هو القابل للبطلان يظل التجديد قائماً حتى يقضى ببطلان هذا الإلتزام (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٤٥).

(٢) إذا كان الإتفاق الذى عقد بين المشترى والبائع- بشأن تجديد إلتزامه بالوفاء بالباقى من الثمن وإستبدال إلتزام جديد به يكون مصدره عقد القرض- معلقاً على شرط واقف هو قيام المشترى برهن قدر من أطيانه رهناً تأمينياً فى المرتبة الأولى لصالح هذا البائع ضماناً لوفائه بدين القرض، وكان هذا الشرط قد تخلف بقيام هذا المشترى برهن هذه الأطيان ذاتها إلى أحد البنوك مما أصبح معه مؤكداً أن الأمر الذى علق الإلتزام الجديد على وقوعه لن يقع فإنه يترتب على تخلف هذا الشرط الواقف زوال هذا الإلتزام وبقاء الإلتزام القديم- وهو إلتزام المشترى بدفع باقى الثمن- على أصله دون أن ينقضى وإعتبار التجديد كأن لم يكن (نقض ١٩٦٤/١١/١٢ س١٥، ص١٠٢٨).

مصدره. **ثانياً:** بتغيير المدين إذا إتفق الدائن مع أجنبى على أن يكون هذا الأجنبى مديناً مكان المدين الأصلى، وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلى دون حاجة لرضائه، أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى رضي أن يكون هو المدين الجديد. **ثالثاً:** بتغيير الدائن، إذا إتفق الدائن والمدين وأجنبى على أن يكون هذا الأجنبى هو الدائن الجديد »[1].

يتضح من ذلك أن جوهر التجديد يكون فى وجود إختلاف بين الإلتزام القديم والإلتزام الجديد، ويجب أن ينصب هذا الإختلاف على عنصر جوهرى من عناصر الإلتزام (الدين، أو المدين أو الدائن)، ومن ثم لا يعتبر تجديداً للإلتزام، مجرد كتابته فى سند[2]، أو تغيير زمان أو مكان أو كيفية الوفاء به[3]. أو تعديل مقدار الدين بالزيادة أو النقصان، أو زيادة ضماناته أو إنقاصها[4]. وعلى ذلك يتم التجديد فى صورة ثلاثة:

---

(١) م٣٥٢ مدنى.

(٢) تحرير سندات بباقى الثمن لا يعتبر طبقاً للمادة ٢٥٤ من القانون المدنى من قبيل تجديد الذى ينقضى به الدين الأصلى ويحل محله دين جديد ما لم يتفق على غير ذلك أو تظهر نية التجديد بوضوح من الظروف (نقض ١٩٧٣/٤/١٠ س٢٤ ص٥٧٠).

(٣) تجديد الإلتزام وفقاً للمادة ٣٥٤ من القانون المدنى لا يستفاد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك، ولا مما يحدث فى الإلتزام من تغيير لا يتناول سوى زمان الوفاء أو كيفيته، كما أن تجديد الإلتزام لا يُفترض بل يجب أن يُتفق عليه صراحة أو أن يستخلص من الظروف: نقض ١٩٧٧/٦/٣٠ س٢٨ ص١٥٤٣.

(٤) وتنص المادة ٢/٣٥٤ على ذلك بقولها: «وبوجه خاص لا يستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك، ولا مما يحدث فى الإلتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته، ولا مما يدخل على الإلتزام من تعديل لا يتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره».

١- **التجديد بتغيير الدين:** يتجدد الإلتزام بتغيير الدين إذا إتفاق الطرفان على أن يستبدلا بالإلتزام الأصلى إلتزاماً جديداً يختلف عنه فى محله أو فى مصدره.

ومثال التجديد بتغيير المحل، اتفاق الدائن والمدين على أن يقوم الثانى بعمل معين لمصلحة الأول بدلاً من الإلتزام القديم بدفع مبلغ من النقود، أو العكس. وقد يلتزم المدين بنقل ملكية شئ معين بدلاً من إلتزامه بالقيام بعمل أو بدلاً من النقود.

ويعتبر تجديداً بتغيير المحل كذلك، الإتفاق على تغيير وصف الإلتزام من إلتزام بسيط إلى إلتزام معلق على شرط واقف أو فاسخ أو العكس. وكذلك الحال بالنسبة لتغيير صفة الدين، كما لو كان ديناً تجارياً ثابتاً فى كمبيالة مثلاً وإتفق على تجديده فى صورة إلتزام مدنى[١].

وأخيراً فإنه لا يكون تجديداً مجرد تقييد الإلتزام فى حساب جار. وإنما يتجدد الإلتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره. على أنه إذا كان الإلتزام مكفولاً بتأمين خاص، فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك[٢]. مؤدى ذلك أن «الإلتزام لا يتجدد بمجرد رصده فى

---

(١) السند الذى يترتب عليه تجديد الدين وتغيير نوع التقادم، هو ذلك الصك الكتابى المستقل عن الورقة التجارية الذى يعترف فيه المدين بالدين ويكون كاملاً وكافياً بذاته لتعيين عناصر الإلتزام الذى يتضمنه بغير حاجة إلى الإستعانة بالورقة التجارية التى حل محلها، بحيث يترتب عليه تجديد الدين ويصبح معه إعتبار المدين ملتزماً بمقتضاه وحده على أن يكون لاحقاً لميعاد إستحقاق الورقة التجارية حتى يمكن أن يترتب عليه قطع التقادم الذى يبدأ من اليوم التالى لتاريخ الإستحقاق (نقض ١٩٧٠/٦/١١ س٢١ ص١٠٣٨).

(٢) م٣٥٥ مدنى.

الحساب الجارى، مادام هذا الحساب لم يقطع. فإن قطع الحساب وتم إقراره، إستتبع ذلك التجديد. وقد نُص، إستثناء من حكم القواعد العامة، على بقاء الرهن التأمينى الذى ينشأ لضمان الوفاء بالإلتزام، رغم تجديده بسبب قطع رصيد الحساب الجارى. إلا أن هذا الإستثناء أقيم على قرينة بسيطة يجوز إسقاط دلالتها بإثبات العكس».

**٢- التجديد بتغيير المدين:** ويتم بإنقضاء إلتزام المدين الأول ليحل محله مدين آخر، يتحمل بإلتزام جديد قبل الدائن، ولا يتصور أن يتم ذلك دون موافقة الدائن الذى لابد وأن يثق فى المدين الجديد. ويتحقق التجديد، فى هذه الحالة، بأحد طريقين (يشابهان طريقى حوالة الدين).

**الأول:** إتفاق الدائن مع أجنبى على أن يكون هذا الأجنبى مديناً مكان المدين الأصلى، وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلى دون حاجة لرضائه[١]. ويسمى التجديد فى هذه الحالة تعهداً بالوفاء.

---

(١) تجديد الإلتزام لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف (م٣٥٤ مدنى) فإذا كان الدائن قد إتفق مع الغير على الحلول محل المدين فى الوفاء بالدين وعلى أنه إذا سدد جزءاً من الدين تنازل الدائن عن الباقى تنازلاً معلقاً على شرط فاسخ هو سداد ذلك الجزء فى ميعاد معين، بحيث إذا لم يتم السداد فى الميعاد عاد للدائن حقه فى مطالبة المدين الأصلى بجميع الدين، وكان هذا الإتفاق خلواً مما يدل دلالة واضحة على إتفاق أطرافه على تجديد الدين بتغيير المدين تجديداً من شأنه أن يبرئ ذمة المدين الأصلى فإن الإتفاق لا يكون منطوياً على تجديد الدين وإنما إنابة قاصرة إنضم بمقتضاها مدين جديد إلى المدين الأصلى ولا تبرأ ذمة المدين إلا إذا وفى أحدهما الدين، وللدائن أن يرجع على أيهما بكل الدين دون أن يتقيد فى هذا الرجوع بترتيب معين، ولا يجوز لمن يحصل الرجوع عليه منهما أن يدفع بحق التجريد. (نقض ١٩٦٢/٤/٢٨ س١٢ ص٥٢٨).

**الثانى:** حصول المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى رضي أن يكون هو المدين الجديد، أى أننا نكون أمام إتفاق بين الأطراف الثلاثة: الدائن والمدين القديم والمدين الجديد، على أن يصبح الثالث ملتزماً قبل الأول بدلاً من الثانى. ويطلق على التجديد فى هذه الحالة إنابة فى الوفاء.

ويختلف التجديد بتغيير المدين عن حوالة الدين فى أن التجديد يؤدى إلى إنقضاء الدين القديم ونشوء دين جديد، وينقضى الدين السابق بتأميناته وصفاته ودفوعه وتوابعه، ويلتزم المدين الجديد بإلتزام جديد. أما حوالة الدين فتؤدى إلى إنتقال نفس الدين فى ذمة المدين الأصلى إلى المحال عليه. ويظل هذا الدين محتفظاً بضماناته وتوابعه وصفاته.

**٣- التجديد بتغيير الدائن:** وذلك إذا إتفق الدائن والمدين وأجنبى على أن يكون هذا الأجنبى هو الدائن. أى أن الإتفاق يضم الأطراف الثلاثة ويرمى إلى إنقضاء الإلتزام السابق وحلول إلتزام جديد محله يختلف عنه فى شخص الدائن. ويجب أن يحل الدائن الجديد محل الدائن القديم، ولا يكفى أن ينضم إليه أو يكون وكيلاً عنه فى قبض الدين.

ويختلف التجديد فى هذه الحالة عن حوالة الحق فى أنه لا يشترط لإنعقاد الحوالة رضاء المدين بها، أما فى التجديد فيلزم هذا الرضاء. أضف إلى ذلك أنه فى الحوالة ينتقل الحق نفسه من المحيل إلى المحال له بكل صفاته وتوابعه ودفوعه وتأميناته أما فى التجديد فينقضى حق الدائن الأصلى وينشأ حق جديد للدائن الجديد، وبالتالى لا يستفيد هذا الأخير من ضمانات الإلتزام القديم.

### (جـ) نية التجديد :

إن التجديد لا يُفترض، بل يجب أن يُتفق عليه صراحة، أو أن يُستخلص بوضوح من الظروف[1]. وعند الشك فى التعرف على إرادة الإطراف، لا يُعتبر هناك تجديداً ويظل الإلتزام القديم قائماً رغم التعديلات التى أجريت عليه، فالتجديد لا يقوم إلا إذا إتجهت إليه إرادة الأطراف بوضوح. والتعرف على توافر نية التجديد يعد من مسائل الواقع التى يختص بها قاضى الموضوع[2].

ونظراً لأن التجديد يتم بالإتفاق، فيجب أن يتوافر الرضاء به، وأن يكون هذا الرضاء خالياً من عيوب الإرادة، وأن يصدر عن أطراف أهل لمباشرته. وكقاعدة عامة، فإن التجديد من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، ومن ثم يلزم فيمن يباشره أن يكون أهلاً للتصرف سواء بالنسبة للدائن أو المدين. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لمن لديه ولاية الإدارة فقط أن يباشر التجديد كالوصى والقيم والوكيل بالقبض.

---

(١) م٣٥٤/١ مدنى.

(٢) إن تجديد الدين من مسائل الواقع التى يجب طرحها على قاضى الموضوع (نقض ١٩٦٥/٢/١١ س١٦ ص١٥٥). إن إستبدال الدين أمر موضوعى يستقل قاضى الموضوع بالفصل فيه متى كانت الأسباب التى أقامت المحكمة عليها حكمها من شأنها أن تؤدى إلى القول بذلك (نقض ٧٧/٦/٣٠ س٢٨ ص١٥٤٣). متى استخلصت محكمة الموضوع من وقائع الدعوى توافر نية التجديد بإستبدال شخص الدائن وتحرير سند صريح بالدين وأن الإدعاء بصورية هذا التجديد لم يُقام عليه دليل وركن الحكم فى ذلك كله إلى عدة قرائن يكمل بعضها بعضاً وتؤدى فى مجموعها إلى النتيجة التى إنتهى إليها، فإنه لا يجدى الطاعن مناقشة كل قرينة على حدة لإثبات عدم كفايتها متى كان الحكم قد أقام قضاءه على أسباب سائغة كافية لحمله (نقض ١٩٦٣/١١/١٥ س١٣ ص١٠١٢).

## المطلب الثانى

## آثار التجديد

### (أ) إنقضاء الإلتزام القديم بضماناته ونشوء إلتزام جديد :

يترتب على التجديد أن ينقضى الإلتزام الأصلى بتوابعه وأن ينشأ مكانه إلتزام جديد[1]. مؤدى ذلك أن للتجديد أثر مزدوج أحدهما مسقط ويتمثل فى إنقضاء الإلتزام القديم، والآخر منشئ ويتمثل فى نشوء دين جديد له خصائصه الذاتية. ويرتبط الأثران وجوداً وعدماً، ولا ينفصل أحدهما عن الآخر، فلا يتحقق أحدهما دون تحقق الآخر، فلا ينشأ الإلتزام الجديد إلا بإنقضاء الإلتزام القديم.

ويترتب على ذلك سقوط التأمينات التى كانت تضمن الإلتزام القديم، سواء كانت شخصية كالكفالة أو عينية كالرهن أو الإمتياز، فلا تنتقل إلى الإلتزم الجديد إلا بنص فى القانون[2] أو بالإتفاق، فهذا الإلتزام تكون له مقوماته الذاتية وصفاته ودفوعه وتأميناته. فإذا كان الإلتزام الأصلى هو دين الثمن وتغير إلى قرض فإن دعوى الفسخ المتصلة به لا تنتقل إلى الإلتزام الجديد. وقد يكون الإلتزام القديم تجارياً والجديد مدنياً. وقد يكون الأول منتجاً لفوائد والثانى غير منتج لها. وقد يتقادم الأصلى بمدة قصيرة ويتقادم الإلتزام الجديد بمدة أطول.

### (ب) الإتفاق على نقل التأمينات :

أجاز المشرع لذوى الشأن الإتفاق على إنتقال التأمينات التى

---

(١) م٣٥٦ مدنى.

(٢) مثال ذلك نص المادة ٢/٣٥٥ المتعلقة بتقييد الإلتزام فى الحساب الجارى بعد قطعه وإقراره كما رأينا من قبل ص٥٠٩ .

كانت تضمن الوفاء بالإلتزام القديم، إلى الإلتزام الجديد. إلا أنه يجب التفرقة، فى هذا الصدد، بين التأمينات العينية المقدمة من المدين، والتأمينات (العينية أو الشخصية) المقدمة من غير المدين.

**أولاً: التأمينات العينية المقدمة من المدين:** ويقصد بها «التأمينات الإتفاقية التى إرتضاها المدين لكفالة دينه الأصلى، فيدخل فى ذلك الرهن الرسمى، ورهن الحيازة سواء كان على عقار أو على منقول. أما حقوق الإمتياز فلا تدخل، لأنها تأمينات لم يقدمها المدين باختياره، بل هى تأمينات رتبها القانون وبناها على صفة فى الإلتزام فهى لصيقة بهذه الصفة. فإذا كان الإلتزام الأصلى قد قرر له القانون إمتيازاً نظراً لصفته الخاصة، فلا يجوز الإتفاق على نقل هذا الإمتياز إلى الإلتزام الجديد حيث لم تتوافر له الصفة التى دعت إلى تقرير حق الإمتياز. ولا يجوز الإتفاق على نقل حق الإختصاص من الإلتزام الأصلى إلى الإلتزام الجديد، لأن حق الاختصاص تأمين لم يقدمه المدين اختياراً، بل رتبه القاضى على عقار المدين بموجب حكم واجب التنفيذ».

وتختلف طريقة نقل هذه التأمينات باختلاف صور التجديد:

**الأولى:** إذا كان التجديد بتغيير الدين، جاز للدائن والمدين أن يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد فى الحدود التى لا تُلحق ضرراً بالغير»[1]. فلو كان الدين القديم قدره ٤٠٠٠ جنيه وكان مضمونًا برهن على عقار قيمته ٦٠٠٠ جنيه وكان العقار مرهونًا رهنًا ثانيًا لدائن آخر بدين قدره ٢٠٠٠ جنيه، ثم جدد الدين الأول، وكان مقدار الدين الجديد ٦٠٠٠ جنيه وتم الاتفاق على نقل الرهن الأول

(١) م٣٥٧ مدنى.

لضمان الدين الجديد، فلا يضمن الرهن من الدين الجديد إلا بقدر ٤٠٠ جنيه فقط، إذ لو ضمن الرهن الدين الجديد كله لترتب على ذلك الأضرار بالدائن المرتهن الثانى».

**الثانية:** إذا كان التجديد بتغيير المدين، جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على إستبقاء التأمينات العينية، دون رضاء المدين القديم. أى أن هذا المدين يصبح بذلك، ودون رضائه، كفيلاً عينيًا لالتزام المدين الجديد.

**الثالثة:** إذا كان التجديد بتغيير الدائن، جاز للمتعاقدين ثلاثتهم (الدائن القديم والدائن الجديد والمدين) أن يتفقوا على إستبقاء التأمينات.

ولا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية، فى هذه الصور الثلاث، نافذاً فى حق الغير إلا بشروط ثلاثة:

١- أن يتم مع التجديد فى وقت واحد، أى فى تاريخ واحد. فإذا تم الاتفاق على التجديد دون اتفاق على نقل التأمينات ، فإن الالتزام القديم ينقضى بتأميناته، ولا يمكن بعثها من جديد. ولكن يجوز الاتفاق على تأمينات جديدة تكون مرتبتها من تاريخ شهرها.

٢- يجب أن يكون تاريخ الاتفاق على التجديد ونقل التأمينات ثابتًا.

٣- يجب التأشير بالاتفاق على نقل التأمينات (العقارية) على هامش قيد هذه التأمينات فى سجلات الشهر العقارى.

**ثانيًا: التأمينات المقدمة من الغير:** لا ينتقل إلى الالتزام الجديد

الكفالة، عينية كانت أو شخصية، ولا التضامن إلا إذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون[1]. مؤدى ذلك أن «التأمينات التى تقدم من الغير، كالكفالة العينية أو الشخصية أو التضامن، لا تنتقل إلى الإلتزام الجديد إلا برضاء هذا الغير كفيلاً كان أو مديناً متضامناً.. ويجوز أن يصدر هذا الرضاء بعد إنقضاء التجديد، فى غير إخلال بحقوق الغير».

وإذا كان الإلتزام الأصلى إلتزاماً تضامنياً، فإنه يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقى المدينين، إلا إذا إحتفظ الدائن بحقه قِبلهم[2].

## المبحث الثالث

## الإنابة في الوفاء

نعرض لمفهوم وأنواع الإنابة ثم نبين آثارها.

### المطلب الأول

### مفهوم وأنواع الإنابة فى الوفاء

**(أ) التعريف بالإنابة :**

« ١- تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان المدين.

٢- ولا تقتضى الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين

(١) م٣٥٨ مدنى.

(٢) م٢٨٦ مدنى.

المدين والأجنبى»[١].

يتضح من النص أن الإنابة عمل قانونى يقتضى وجود ثلاثة أشخاص المنيب (المدين)، المناب (الشخص الأجنبى الذى سيفى بالدين) المناب لديه (الدائن). وينيب المدين عنه شخصاً آخر يتعهد للدائن بالوفاء بالدين. فالإنابة تتم إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يقوم بوفاء الدين مكان المدين.

وتوجد، فى الغالب، علاقة مديونية سابقة بين المنيب والمناب، يكون فيها المنيب دائناً والمناب مديناً، وهذا ما يفسر رضاء المناب بأن يتعهد بالوفاء للمناب لديه. كما لو أناب البائع المشترى فى أن يدفع ما عليه من ثمن لدائن البائع. وقد لا يكون المناب مديناً للمنيب ولكنه يقصد التبرع بقيمة الدين للمنيب أو يقصد إقراضه تلك القيمة على أن يطالبه بها بعد ذلك.

**(ب) نوعا الإتاب:**

الإنابة نوعان: إنابة كاملة وأخرى ناقصة:

**أولاً: الإنابة الكاملة:** «إذا إتفق المتعاقدون فى الإنابة على أن يستبدلوا بالتزام سابق إلتزاماً جديداً كانت هذه الإنابة تجديداً للإلتزام بتغيير المدين، ويترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه، على أن يكون الإلتزام الجديد الذى إرتضاه المناب صحيحاً، ولا يكون المناب معسراً وقت الإنابة»[٢].

---

(١) م٣٥٩ مدنى.

(٢) م١/٣٦٠ مدنى. عبد الودود يحيى ص٧١٦

يتضح من النص أن الإنابة تكون كاملة عندما ينيب المدين عنه شخصاً آخر يتعهد للدائن بدين جديد بدل الدين الذى كان فى ذمته. فالإنابة الكاملة تؤدى إلى إنقضاء الدين القديم لينشأ مكانه دين جديد. وهذا تجديد بتغيير المدين. وقد ينطوى فى ذات الوقت على تجديد بتغيير الدائن فى حالة وجود علاقة مديونية سابقة بين المنيب والمناب، فإذا كلف البائع المشترى بدفع الثمن لدائن الأول، فإن الإنابة تنطوى على تجديد بتغيير المدين (لأن المشترى أصبح مديناً قبل دائن البائع بدلاً من البائع). وينطوى كذلك على تجديد بتغيير الدائن لأن المشترى أصبح مديناً لدائن جديد بدلاً من دائنه القديم (البائع).

فالإنابة الكاملة إذن هى تجديد، وتؤدى إلى براءة ذمة المنيب (المدين) قبل المناب لديه (الدائن)، حيث يظهر ملتزم جديد بالدين (المناب) غير المدين الأصلى. لذلك يشترط لوجود الإنابة الكاملة توافر شروط التجديد، حيث ينبغى أن يوجد إتفاق على إستبدال الدين القديم بدين جديد يحل محله. وأن يكون كل من الإلتزامين صحيحاً، وأن تتوافر نية التجديد، والتجديد لا يفترض بل لابد من الإتفاق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من ظروف التعاقد. أى أنه يجب أن تتجه إرادة الأطراف إلى براءة ذمة المنيب قبل المناب لديه، وحلول المناب محله. ويشترط القانون بالإضافة إلى ذلك أن يكون المناب موسراً وقت الإنابة، إذ لا يتصور أن يقبل الدائن حلول المناب محل المنيب إلا إذا كان هذا المناب مليئاً. وإذا ثبت إعساره وقت الإنابة، فلا تبرأ ذمة المنيب (المدين الأصلى) قبل الدائن. أما إذا أعسر المناب بعد الإنابة، فإن الدائن يتحمل تبعة هذا الإعسار، ولا يجوز له الرجوع على المنيب، ما لم يكن قد إتفق معه على غير ذلك فى عقد الإنابة.

**ثانياً: الإنابة الناقصة:** إذا لم يوجد إتفاق واضح على تجديد الدين بحلول المناب محل المدين الأصلى، بقى المنيب مديناً إلى جانب المناب، وهذه هى الإنابة الناقصة التى تكون بمثابة تأمين شخصى، حيث يصبح للدائن مدينان: المدين الأصلى (المنيب) والمدين الجديد (المناب)، ويمكنه أن يطالب أياً منهما بأداء دينه[1]. والأصل أن تكون الإنابة قاصرة، ما لم يكن هناك إتفاق واضح على التجديد، لأن التجديد لا يفترض فى الإنابة[2].

فمن المقرر أنه «لا يفترض التجديد فى الإنابة، فإذا لم يكن هناك إتفاق على التجديد قام الإلتزام الجديد إلى جانب الإلتزام الأول»[3].

## المطلب الثانى

## آثار الإنابة

١- الإنابة الكاملة هى تجديد للدين بتغيير المدين ويطبق عليها كل أحكام التجديد، حيث تنقضى العلاقة بين المدين الأصلى (المنيب) وبين الدائن (المناب لديه)، وتبرأ ذمة الأول قبل الثانى، ويقتصر حقه

---

(١) الإنابة القاصرة ينضم بمقتضاها مدين جديد إلى المدين الأصلى ولا تبرأ ذمة المدين إلا إذا وفى أحدهما الدين للدائن، وله أن يرجع على أيهما بكل الدين دون أن يدفع بحق التجريد (نقض ١٩٦٢/٤/٢٨ س١٢ ص٥٢٨).

(٢) إذا كان الطاعنان (المناب لديهما) قد تمسكا بوجود إنابة ناقصة تجيز لهما مطالبة المطعون عليهما (المنابان) بدينهما قبل البائعين لهما (المنيبان) إستناداً إلى نص وارد فى عقد البيع الصادر لهما وكان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض طلبات الطاعنين المبنية على نظرية الإنابة الناقصة دون أن يبين سنده فى القول بعدم موافقتهما على هذه الإنابة، فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه (نقض ١٩٥٩/٤/١٣ س١٠ ص١٤٣).

(٣) م٣٦٠/٢ مدنى .

فى الرجوع على المناب، حيث تنشأ علاقة دين جديدة بينهما.

٢- أما الإنابة الناقصة، فيبقى المنيب ملزماً بالدين قِبل المناب لديه رغم الإنابة، فيكون للدائن مدينان عوضاً عن مدين واحد. فإذا وفى أحدهما بالدين برئت ذمة الإثنين معاً نحوه. ويستطيع الدائن أن يرجع على أى منهما (المنيب والمناب)، ولا يكونان متضامنين أمامه، وليس للمناب أن يدفع بالتجريد لأنه ليس كفيلاً بل هو مدين أصلى، وإذا كان للمنيب دين سابق فى ذمة المناب، ورضى هذا الأخير بالإنابة فى مقابل دينه، ترتب على الإنابة وجود دين ثالث يترتب للمناب لديه فى ذمة المناب، وينضم إلى الدينين الأولين، وهما دين المناب لديه قِبل المنيب ودين المنيب قِبل المناب، فإذا قام المناب بقضاء حق المناب له، إنقضت هذه الديون الثلاثة.

٣- إذا قام المناب بوفاء الدين للدائن، فهل يستطيع الرجوع على المنيب؟ يتوقف ذلك على طبيعة العلاقة بينهما، فإن كان للمنيب فى ذمة المناب دين سابق إنطوت الإنابة على تجديد الدين بتغيير الدائن. ويترتب على وفاء المناب بالدين إنقضاء الديون الثلاثة، أما إذا لم يكن بينهما مثل هذا الدين، ثبت للمناب حق الرجوع على المنيب، ما لم تكن نيته قد إنصرفت إلى التبرع له، ويكون الرجوع إما بدعوى الوكالة أو دعوى الفضالة أو دعوى الإثراء بلا سبب.

٤- إن إلتزام المناب بالوفاء بالدين للمناب لديه مكان المنيب يكون مجرداً عن سببه، أى عن العلاقة التى تربط المناب بالمنيب، إذ يظل إلتزامه قِبل المناب لديه صحيحاً ولو كان إلتزامه قبل المنيب باطلاً. ومن ثم ليس للمناب أن يتمسك فى مواجهة المناب لديه بأوجه البطلان

أو الدفوع التى يمكنه التمسك بها قبل المنيب. فإذا كان المناب قد قبل الإنابة بسبب مديونيته للمنيب. ثم تبين له بطلان هذا الدين أو إنقضائه لسبب سابق على الإنابة، فليس له أن يتمسك بهذا الدفع فى مواجهة المناب لديه، بل عليه أن يوفى له بالدين ثم يرجع بما وفاه بعد ذلك على المنيب.

ويسرى مبدأ تجريد إلتزام المناب على كل من الإنابة الكاملة والإنابة الناقصة، وقد قرره المشرع بهدف تحقيق إستقراء المعاملات وسرعتها وبصفة خاصة فى المسائل التجارية. ولكن المبدأ المذكور لا يتعلق بالنظام العام، بل هو مقرر لصالح المناب لديه، لذا يجوز له النزول عنه، وعلى ذلك يجوز للمناب أن يشترط، عند الإتفاق على الإنابة، أحقيته فى التمسك فى مواجهة الدائن (المناب لديه) بالدفوع التى كانت له قبل المنيب[1].

## المبحث الرابع

## المقاصة

### تعريف المقاصة وأنواعها :

تعتبر المقاصة سبباً من أسباب إنقضاء الإلتزام، فهى تفترض أن المدين قد صار دائناً لدائنه، حيث تجتمع فى كل من طرفى الإلتزام صفة الدائن والمدين فى نفس الوقت، فينقضى الدينان بقدر الأقل منهما. فإذا إقترض شخص ألف جنيه، ثم باع إلى المقرض شيئاً بمبلغ خمسمائة

---

(١) وتنص المادة ٣٦١ مدنى على تلك الأحكام بقولها «يكون إلتزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ولو كان إلتزامه قبل المنيب باطلاً أو كان هذا الإلتزام خاضعاً لدفع من الدفوع، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب، كل هذا ما لم يوجد إتفاق يقضى بغيره».

جنيه، إنقضى الدينان بالمقاصة بقدر الأقل منهما، بحيث يكون المقرض وهو المشترى دائناً للمقترض وهو البائع بمبلغ خمسمائة جنيه.

وللمقاصة وظيفة مزدوجة، فهى أداة وفاء، وأداة ضمان. فهى تؤدى إلى الوفاء بدين كل من الدائن والمدين، فينقضى الدينان بقدر الأقل منهما. ويؤدى ذلك إلى التيسير على كل من الطرفين حيث يتم تفادى عملية الوفاء المزدوجة الفعلية بما تنطوى عليه من جهد ونفقات ومخاطر. ولذلك فإن المقاصة نظام عظيم الفائدة لأنها توفر فى إستعمال النقود وتحركها، ومن ثم فهى تلعب دوراً هاماً فى المعاملات التجارية والمصرفية حيث تتم المقاصة فى الحساب الجارى بين خصوم الحساب وأصوله، وكذلك الحال فى ما يسمى بغرفة المقاصة حيث تجرى تسوية المطالبة بين المصارف وتصفية الحقوق والديون فيما بينها.

ومن ناحية أخرى فإن المقاصة تحقق نوعاً من الضمان للدائن لأنها تمكنه من إستيفاء حقه مما يجب عليه لمدينه، فهو بذلك يتفادى مخاطر إعسار المدين ومزاحمة باقى الدائنين له، ويتجنب مشاركتهم له، ومن ثم فهو يتمتع بنوع من الأولوية والتقدم عليهم.

والمقاصة على أنواع ثلاثة، فهى إما قانونية، تقع بحكم القانون متى توافرت شروطها، وإما قضائية، تجرى أمام القضاء، وإما إتفاقية، يستطيع الأفراد أن ينظموها بإرادتهم ويحددوا شروطها، ونعرض فى البداية للمقاصة القانونية، ثم نتبعها بالنوعين الآخرين.

## المطلب الأول

## المقاصة القانونية

يتضمن الكلام عن المقاصة القانونية تحديد شروطها والديون التى تقع فيها، وبيان كيفية إعمالها، والآثار التى تترتب عليها.

### الفرع الأول

### شروط المقاصة

يلزم لوقوع المقاصة القانونية توافر شروط ستة[1]، هى:

١- يجب أن يوجد دينان متقابلان، أى أن يكون هناك شخصان كل منهما دائن ومدين للآخر فى نفس الوقت[2]، وأن يكون كل من الشخصين دائناً للآخر بصفته الشخصية، ويترتب على ذلك أنه لا تقع المقاصة إذا كان شخص ثالث دائناً لأحدهما ومديناً للآخر. ولا تقع المقاصة إذا أصبح المدين دائناً لدائنه بعد أن قام هذا الآخير بحوالة حقه ونفاذها قِبل المدين. «ولا تجوز المقاصة فى دين على الوصى شخصياً لمدين القاصر المشمول بوصايته، ولا فى دين على القاصر لمدين الوصى

---

(١) تنص المادة٣٦٢ مدنى على أنه «١- للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن، ولو إختلف سبب الدينين، إذا كان موضوع كل منهما نقوداً أو مثليات متحدة فى النوع والجودة وكان كل منهما خالياً من النزاع مستحق الأداء، صالحاً للمطالبة به قضاء. ٢- ولا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن».

(٢) وإن كان يترتب على إنفساخ عقد البيع أن يعاد العاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فيرد المشترى المبيع وثماره إذا كان قد تسلمه ويرد البائع الثمن وفوائده، إلا أن إستحقاق البائع لثمار المبيع يقابله إستحقاق المشترى لفوائد الثمن وتحصل المقاصة بينهما بقدر الأقل منهما (نقض ٦٨/٢/٢٢ س١٩ ص٣٤٥).

عليه، ولا فى دين مستحق على الدائن لموكل المدين أو لكفيله، ولا فيما لمدين الشركة قِبل أحد الشركاء المساهمين، ولا فيما لمدين تركة قِبل أحد الورثة، ولا فيما لأحد الورثة قِبل أحد دائنى التركة»[١].

والمقاصة ليست تصرفاً قانونياً كالوفاء، بل هى واقعة مادية تؤدى، بحكم القانون، إلى إنقضاء الدينين بقدر الأقل منهما، لذلك فهى تقع بمجرد توافر شروطها، ولو لم تتوافر فى طرفيها أهلية الوفاء أو الإستيفاء.

٢- يجب أن يكون موضوع كل من الدينين نقوداً أو مثليات متحدة فى النوع والجودة، أى أن يكون محلا الدينين متماثلين. فلا تقع المقاصة إلا إذا كان موضوع الدينين متحداً، ويتحقق ذلك فى النقود والمثليات، ولا يكفى التماثل فى النوع بل يجب أن يتحدا أيضاً فى الجودة. وبناء عليه لا تقع المقاصة بين إلتزام بتوريد قمح وإلتزام بتقديم قطن مثلاً، ولا تجرى المقاصة ولو كان محلا الإلتزامين توريد ذات المقدار من نفس السلعة طالما كان هناك إختلاف فى الجودة. ولا مقاصة بين إلتزام بنقل ملكية وإلتزام بعمل، ولا بين إلتزامين بعمل أو إمتناع عن عمل ولو كان هناك تشابه بين العملين.

٣- يجب أن يكون كل من الدينين خالياً من النزاع، أى أن يكون محققاً فى وجوده معلوماً فى مقداره. ويشترط فى النزاع الذى يمنع وقوع المقاصة أن يكون جدياً. فلا تقع المقاصة إذا كان أحد الدينين محل منازعة جدية فى صحة نشأته أو فى تحديد مقداره[٢]، ويحتاج إلى

(١) نقض ٢٢/١٠/١٩٣٦ مجموعة عمر ١ ص١١٦٧ .

(٢) إذا كانت المقاصة القانونية، وعلى ما تقضى به المادة ٣٦٢ من القانون المدنى تستلزم =

حكم قضائى به[1]، كالتعويض عن العمل غير المشروع. ولا تجرى المقاصة كذلك فى دين غير محقق الوجود، كالدين المعلق على شرط واقف، أما الدين المعلق على شرط فاسخ فيقبل المقاصة لأنه إلتزام موجود ومستحق الأداء، ولكن إذا تحقق الشرط إعتبرت المقاصة كأن لم تكن.

٤- يجب أن يكون كل من الدينين صالحاً للمطالبة به قضاء، أى أنه يجوز إقتضاء كلا من الدينين جبراً على المدين بالقضاء. فلا تقع المقاصة بين دين طبيعى وآخر مدنى لأن الدين الطبيعى لا جبر فى أدائه، ولا بين دين طبيعى ودين طبيعى آخر. ولا يصلح للمقاصة أيضاً الدين الذى مضت عليه مدة التقادم.

---

= فى الدين أن يكون خالياً من النزاع مستحق الأداء أى محققاً لاشك فى ثبوته فى ذمة المدين ومعلوم المقدار وكان لابد من إجتماع الشرطين لأن المقاصة تتضمن معنى الوفاء الإجبارى ولا يجبر المدين على دفع دين متنازع فيه أو دين غير معلوم المقدار، وكان البين من الحكم المطعون فيه أن مورث المطعون ضدهم- البائع نازع مورث الطاعنين- المشترى- فى قيمة المدفوع له من الثمن- بمقتضى العقد الذى قضى بفسخه- وأنكر عليه إستحقاقه لفوائد ما دفعه كما نازعه فى قيمة ما أجراه من إصلاحات وما أقامه من المبانى وما أداه من أموال أميرية بما يستوجب ندب خبير لتقدير ذلك. فإن مؤدى ذلك تخلف الشرطين الواجب توافرهما لإجراء المقاصة القانونية (نقض ١٩٧٧/٣/٣٠ س٢٨ ص٨٣٠).

(١) للمدين طبقاً للمادة ٣٦٢ من القانون المدنى حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن إذا كان كل من المدينين خالياً من النزاع مستحق الأداء صالحاً للمطالبة به قضاء. فإذا كان الطاعن مديناً للمطعون ضدهما بالثمن الذى قدره حكم الشفعة ودائناً لها فى ذات الوقت بمقابل أتعاب المحاماة المحكوم له بها ابتدائياً واستئنافياً فى دعوى الشفعة وكذا بمصروفات تلك الدعوى التى حصل على أمر نهائى بتقديرها قبل رفع الدعوى فإن المقاصة تكون قد وقعت بين هذين الدينين لتوافر شرائطهما القانونية بقدر الأقل منها (نقض ١٩٦٤/١٢/٣ س١٢ ص١١٣٤).

٥- يجب أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء، فلا تقع المقاصة بين دين حال ودين مؤجل، أو بين دينين مؤجلين، إلا إذا حل الأجل أو سقط أو تنازل عنه صاحب الحق فيه. أما سقوط الأجل بسبب شهر الإفلاس أو الإعسار فلا يجعل الدين قابلاً للمقاصة لأنه يمتنع على المدين الوفاء بديونه فى هذه الحالة. ولكن لا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاء الوفاء لمهلة منحها القاضى (نظرة ميسرة) أو تبرع بها الدائن(١).

٦- يجب أن يكون كل من الدينين قابلاً للحجز، لأن المقاصة وفاء إجبارى، ولا يمكن إجبار المدين على الوفاء بمال لا يجوز الحجز عليه. وعلى ذلك لا تقع المقاصة بين أجر العامل ودين عليه لصاحب العمل إلا فى حدود القدر الذى يجوز الحجز عليه من هذا الأجر، ولا يجوز للمدين بالنفقة أن يتمسك بالمقاصة بينها وبين حق له فى ذمة صاحب الحق فى هذه النفقة.

## الفرع الثاني

## الديون التي تقع فيها المقاصة

**أولاً:** القاعدة أن المقاصة تقع فى كل الديون أياً كان مصدرها أو سببها، فهى سبب لإنقضاء كافة الإلتزامات، عقدية كانت أم غير عقدية، فهى تجوز بين دين مصدره عقد وآخر مصدره عمل غير مشروع، أو دين مصدره نص فى القانون ودين مصدره الإثراء بلا سبب، المهم هو توافر شروط المقاصة على النحو السابق.

---

(١) م٢/٣٦٢ مدنى. A. Benabent. n. 819

**ثانياً:** ولا يهم إختلاف مكان الوفاء فى الدينين، فيجوز للمدين التمسك بالمقاصة ولو إختلف مكان وفاء كل من الدينين «بيد أنه يتعين على من يتمسك بالمقاصة فى هذه الحالة أن يعوض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه، من جراء هذه المقاصة، من إستيفاء ما له من حق، أو الوفاء بما عليه من دين، فى المكان الذى حدد لذلك[1]. فلو فرض أن أحد الدينين واجب الوفاء فى القاهرة، وأن الدين الآخر واجب الوفاء فى باريس، وأن الدائن الذى إشترط الوفاء فى باريس قد تحمل خسارة من جراء عدم إستيفائه لحقه فى هذه المدينة بسبب المقاصة، كان لهذا الدائن أن يرجع بنفقات نقل المبلغ إذا كان قد ألجئ إلى ذلك».

**ثالثاً:** ومع ذلك، فإن المشرع منع وقوع المقاصة، إستثناء على الأصل، فى بعض الديون، لأسباب معينة[2]. وتلك الديون هى:

١- لا تجوز أن تقع المقاصة إذا كان أحد الدينين شيئاً نزع دون حق من يد مالكه وكان مطلوباً رده، كما لو إنتزع الدائن شيئاً يماثل حقه عنوة أو خفية من يد المدين . فليس للدائن هنا أن يتمسك بالمقاصة بين حق له قِبل المدين، وبين إلتزام يوجب عليه أن يرد لهذا المدين ما غصبه منه. وليس هذا إلا تطبيقاً لقاعدة حظر إنتصاف الشخص لنفسه.

٢- كذلك تمتنع المقاصة إذا كان أحد الدينين شيئاً مودعاً أو معاراً عارية إستعمال وكان مطلوباً رده. فلا يجوز للمودع لديه مبلغاً نقدياً أن يتمسك بالمقاصة، إذا أصبح دائناً للمودع بمبلغ من النقود، ويمتنع عن رده الوديعة. وذلك إحتراماً لما ينبغى أن يسود التعامل من تبادل الثقة.

---

(١) م٣٦٣ مدنى.

(٢) م٣٦٤ مدنى.

ولا يجوز للمستعير التمسك بالمقاصة بين إلتزامه برد الشئ المعار وبين حقه لدى المعير، ويجب على كل من المودع لديه والمستعير رد الشئ المودع أو المستعار ثم يطالب كل منهما المودع والمعير بحقه.

## الفرع الثالث

## كيفية وقوع المقاصة

«لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها»(١). يتضح من ذلك أنه يجب التمسك بالمقاصة، ويجوز النزول عنها:

### (أ) وجوب التمسك بالمقاصة :

إن المقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، فهى لا تتعلق بالنظام العام، ومن ثم فليس للقاضى أن يقضى بها من تلقاء نفسه(٢)، وبالتالى لا يجوز للقاضى، إذا ما تبين له توافر شروط المقاصة، أن يحكم بانقضاء الدين المطالب به، مؤسساً حكمه على وقوع المقاصة، ما لم يتمسك بها المدين أو صاحب المصلحة فى ذلك. إذ أن عدم التمسك بالمقاصة، رغم العلم بثبوتها، قد يفيد النزول عنها.

وصاحب المصلحة فى التمسك بالمقاصة ليس هو المدين فحسب، بل يدخل فى ذلك الكفيل، ولو كان متضامناً مع المدين، حيث يجوز له التمسك بالمقاصة بين دين المدين المكفول وبين ما يجب لهذا المدين على الدائن. ويجوز للمدين المتضامن التمسك بالمقاصة التى تقع بين الدائن

---

(١) م٣٦٥/١ مدنى.

(٢) م٢٨٧ مدنى.

ومدين متضامن آخر، بقدر حصة هذا المدين فقط[1]. وكذلك الحالة بالنسبة لحائز العقار المرهون ضماناً للمدين.

ويجوز التمسك بالمقاصة في أية مرحلة من مراحل الدعوى «ولو لأول مرة أمام محكمة الإستئناف، ولكن لا يمكن التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض. ويجوز التمسك بالمقاصة حتى بعد صدور حكم نهائي، وفي أثناء إجراءات التنفيذ، بل ويمكن التمسك بها خارج مجلس القضاء». ويتم التسمك بالمقاصة عن طريق دعوى يرفعها صاحب الشأن، أو دفع يبديه عند مطالبته بالدين.

ومتى توافرت شروط المقاصة وتم التمسك بها، فإنها تقع بحكم القانون، ويتعين على القاضي أن يحكم بها. وحكم القاضي كاشف عن وقوع المقاصة وليس منشئ لها، فهي تقع منذ الوقت الذي يصبح فيه الدينان صالحين للمقاصة. وينقضي الدينان منذ ذلك الحين. مؤدى ذلك أن وقوع المقاصة بقوة القانون يتم وقت إنقضاء الدينين بها، وهو وقت

---

(١) لم يختر المشروع مذهب التقنين الألماني في وقوع المقاصة بمقتضى إعلان يصدر من جانب واحد، بل إلتزم على نقيض ذلك التصوير اللاتيني في ترتيب أثرها بحكم القانون. وكل ما هنالك أنه نص على وجوب طلبها، تأكيداً لنفي ارتباطها بالنظام العام أو تخويل القضاء سلطة الحكم بها من تلقاء نفسه. ويراعى أن هذا الطلب لا يختلف عن الإعلان الذي يتطلبه التقنين الألماني من حيث الشكل فحسب، بل وكذلك من حيث الآثار. فلو فرض أن طلب المقاصة أفرغ في صورة إعلان في غير مجلس القضاء، فلا يكون من أثر ذلك محو الفوارق الجوهرية بين المذهب الجرماني والمذهب اللاتيني في هذا الصدد، فإذا وفى أحد الطرفين عند تلاقي الدينين، فالظاهر وفقاً للمذهب الجرماني أن الإعلان بالمقاصة يصبح ممتنعاً ويكون الوفاء صحيحاً، في حين أن الوفاء في هذه الحالة يعتبر وفقاً للمذهب اللاتيني وفاء بدين تم إنقضاؤه ويكون للموفى حق المطالبة برد ما أداه (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٨٢).

صلاحيتهما للمقاصة، لا وقت التمسك بها[1].

### (ب) جواز النزول عن المقاصة:

يجوز لصاحب المصلحة أن ينزل عن التمسك بالمقاصة بعد توافر شروطها وثبوت الحق فيها، أما قبل ذلك فلا يجوز النزول عنها. فقد حظر المشرع النزول عن المقاصة مقدماً، ذلك أنه لا يجوز النزول عن الحق قبل ثبوته، وحتى لا يصبح ذلك شرطاً دارجاً فى التعامل يفرضه الدائنون على المدينين تعسفاً منهم. مثال ذلك تمسك البنوك فى معاملاتهما مع الأفراد، بالنص فى عقودها معهم على عدم جواز تمسكهم بالمقاصة، وفى هذا ضرر بليغ بهؤلاء الأفراد.

---

(١) يختلف مذهب التقنينات اللاتينية عن مذهب التقنينات الجرمانية فيما يتعلق بالمقاصة، فالمقاصة القانونية تقع، وفقاً لمذهب التقنينات اللاتينية، بحكم القانون وبمقتضى هذا الحكم وحده ولو كان المدين غير عالم بأمرها المادة ٢٩٠ فرنسى، أما التقنينات الجرمانية فلا تتم فيها المقاصة بحكم القانون، بل بمقتضى تعبير عن الإرادة يصدر من جانب واحد: المادة ٣٨٨ من التقنين الألمانى. على أن اختلاف هذين المذهبين فيما يتعلق بالقاعدة العامة لا يلبث أن يتضاءل إلى حد بعيد عند مواجهة التفاصيل، فيراعى من ناحية أن التقنيات اللاتينية تستلزم طلب المقاصة، وهى بهذا تحتم صدور تعبير عن الإرادة كما هو الشأن فى التقنينات الجرمانية. ويراعى من ناحية أخرى أن التقنينات الجرمانية تسند أثر التعبير عن الإرادة، فينقضى الدينان المتقابلان بالمقاصة من وقت توافر شروط القصاص بالنسبة لهما كما هى الحال فى التقنينات اللاتينية. وقد إختار المشروع مذهب التقنينات اللاتينية، إلا أنه تحاشى التعبير بوقوع المقاصة بحكم القانون دون علم المدينين. والحق أن هذا التعبير مدخلاً للشك فى طبيعة المقاصة، فضلاً عن مجانبته للصحة. ذلك أن المقاصة ليست من النظام العام، وليس للقاضى أن يحكم بها من تلقاء نفسه، وإزاء هذا إحتذى مثال المشروع الفرنسى الإيطالى، ونص على أن المقاصة لا تقع إلا إذا طلبها من له مصلحة فيها (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٦٦).

والنزول عن المقاصة قد يتم صراحة أو ضمناً، إلا أنه لا يُفترض وينبغى تفسيره فى أضيق الحدود، فسكوت المدين عن التمسك بالمقاصة، بالرغم من علمه بتوافر شروطها لمصلحته قد يفيد النزول ضمناً عنها. ويعتبر نزولاً ضمنياً كذلك كل دفع يتمسك به المدين أو طلب يتقدم به ويكون متعارضاً مع وقوع المقاصة. وكذلك الحال بالنسبة لقيام المدين بالوفاء طوعاً بحق الدائن رغم علمه بثبوت حقه فى المقاصة. ونزول أحد المدينين عن المقاصة لا يعنى نزول الطرف الآخر عنها، فيجوز أن ينزل عنها مدين ويتمسك بها مدين آخر.

## الفرع الرابع

## آثار المقاصة

يتعين التمييز، فيما يتعلق بآثار المقاصة، بين الطرفين والغير:

**(أ) آثار المقاصة بين الطرفين :**

يترتب على المقاصة إنقضاء الدينين بقدر الأقل منهما، منذ الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصة، ويكون تعيين جهة الدفع فى المقاصة كتعيينها فى الوفاء»[1]. يتضح من ذلك أنه يترتب على إعمال المقاصة عدة آثار، فيما بين طرفيها، تتمثل فى:

١- يترتب على التمسك بالمقاصة بين الطرفين إنقضاء الدينين بقدر الأقل منهما، فهى وفاء مزدوج، وكل من الطرفين يوفى ما عليه من دين للآخر مما هو دائن له به. وإذا كان الدينان غير متساويين إنقضى الدينان بقدر الأقل منهما، وفى هذه الحالة يستوفى صاحب

---

(١) م٢/٣٦٥ مدنى. البدراوى ص٤٠٢.

الدين الأكبر حقه بصفة جزئية، لذا تعتبر المقاصة من الحالات الإستثنائية التى يجوز فيها الوفاء الجزئى دون رضاء الدائن.

ويترتب على إنقضاء الدين زوال التأمينات التى كانت تضمن الوفاء به، كالكفالة والرهن، إلا أنه بالنسبة للتأمين العقارى، فيجب التأشير فى هامش القيد بزواله حتى يحتج بهذا الزوال على الغير.

٢- إذا توافرت شروط المقاصة بين دين فى ذمة مدين وعدة ديون له فى ذمة دائنه، فأى من هذه الديون هو الذى تقع فيه المقاصة؟ هنا يتم تعيين جهة الدفع (إحتساب الخصم) وفقاً لنفس القواعد السابق عرضها فى خصوص الوفاء.

٣- تتم المقاصة بأثر رجعى، أى يرجع إنقضاء الدينين إلى الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصة. فالمقاصة تقع منذ توافر شروطها، لا من وقت التمسك بها، لذا فإن الحكم بالمقاصة يكشف عنها، أى أنه حكم مقرر وليس منشئ. ويترتب على ذلك:

**أولاً:** تنقطع منذ ذلك الوقت، وليس من يوم التمسك بالمقاصة أو الحكم بها، الفوائد التى ينتجها الدين، وتنقضى كذلك التأمينات التى تضمن الوفاء به. فإذا كان أحد الدينين أو كلاهما ينتج فائدة يقف سريان هذه الفائدة إبتداء من يوم توافر شروط المقاصة لأنه ينقضى منذ ذلك الحين، ولا تحتسب إلا عن المدة السابقة عن ذلك.

**ثانياً:** إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم، وقت التمسك بالمقاصة، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به، رغم التمسك بالتقادم، مادامت هذه المدة لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة

ممكنة[1]. أى أن العبرة فى تحديد تقادم الدين وصلاحيته للمقاصة هى بوقت توافر شروطها لا بوقت التمسك بها. فإذا تقادم الدين قبل تلاقى الدينين، فلا يصح التمسك بالمقاصة، أما إذا تقادم بعد ذلك، فإن المقاصة تقع ولو تم إكتمال مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة.

**(ب) آثار المقاصة بالنسبة للغير :**

إن المبدأ الذى قرره المشرع فى هذا الصدد هو أنه لا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير. وقد طبق المشرع هذا المبدأ فى مواضع ثلاثة هى:

**١- توقيع الحجز تحت يد المدين:** فإذا أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين، ثم أصبح المدين دائناً لدائنه، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز[2].

لاشك أنه إذا توافرت شروط المقاصة ثم قام شخص من الغير بتوقيع الحجز على أحد الدينين بين يد المدين، فإن ذلك الحجز لا يمنع وقوع المقاصة، أما إذا وقع الحجز قبل توافر تلك الشروط أو قبل نشوء دين مقابل لهذا الدين، فى ذمة الدائن، فإن المقاصة لا تقع لأن الدين المحجوز عليه لا يصلح للمقاصة لتعلق حق الدائن الحاجز به. ويستوى فى هذه الحالة أن ينشأ الدين المقابل بعد توقيع الحجز أو قبله، مادام لم يصلح للمقاصة إلا بعد توقيع الحجز.

ولكن الدائن الذى تمتنع عليه المقاصة، فى الدين المحجوز عليه، يستطيع أن يحجز على هذا الدين تحت نفسه، فيشترك بذلك مع الدائن

---

(١) م٣٦٦ مدنى.

(٢) م٣٦٧ مدنى.

الحاجز فى إقتضاء حقه من الدين المحجوز فى ذمته، ويقسم الدين بينهما قسمة غرماء[1].

**٢- قبول الحوالة بالحق دون تحفظ:** إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التى كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة، ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل. أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أُعلن بها، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة[2].

مؤدى ذلك أنه «إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين هذه الحوالة دون تحفظ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك بالمقاصة إضراراً بالمحال له، ولو كان له أن يتمسك بها من قبل، ولا يمكن لمن فات عليه التمسك بالمقاصة على هذا الوجه إلا أن يرجع بدَينه على المحيل، دون أن يكون له أن يتمسك بالتأمينات التى أُنشئت لضمان الوفاء بهذا الدين إضراراً بالغير. ولكن إذا كان المدين قد أُعلن بالحوالة دون أن يقبلها، فلا يحول هذا الإعلان بينه وبين التمسك بالمقاصة. وغنى عن

---

(١) ويعرض أول هذين التطبيقين عند توقيع حجز تحت يد المدين، فإذا ترتب لهذا المدين دين فى ذمة دائنه الحاجز على ماله، بعد توقيع ذاك الحجز، إمتنع عليه التمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز. ومؤدى هذا أن الدين المحجوز لا يجوز القصاص فيه، شأنه من هذا الوجه شأن الدين غير القابل للحجز ولا يشترط فى هذه الحالة أن يترتب دين المدين فى ذمة دائنه بعد الحجز، بل تمتنع المقاصة كذلك لو كان هذا الدين قد نشأ من قبل مادامت شروطها لم تتوافر عند توقيعه.. ويراعى أخيراً أن للدائن الذى تمتنع عليه المقاصة فى هذه الحالة أن يحجز تحت يد نفسه، فيتيسر له بذلك أن يشترك مع الحاجز الأول فى إقتسام الدين المحجوز عند التوزيع (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٨٦).

(٢) م٣٦٨ مدنى.

البيان أنه لا يجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصة بين دين وجب له فى ذمة دائنه وبين الدين المحال به، إذا كان دينه هو قد ترتب بعد إعلان الحوالة».

**٣- الوفاء بعد ثبوت الحق فى المقاصة:** إذا وفى المدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له، فلا يجوز أن يتمسك إضراراً بالغير بالتأمينات التى تكفل حقه إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق[(١)]. يتضح من ذلك أنه يجب التفرقة بين فرضين:

**الأول:** إذا قام المدين بالوفاء بالدين رغم علمه بإمكان تمسكه بالمقاصة لوجود حق له فى ذمة الدائن، فإن ذلك يعتبر نزولاً ضمنياً منه عن التمسك بالمقاصة، وليس له بعد ذلك أن يتمسك بها. ولا يبقى له سوى الرجوع على مدينه لإستيفاء حقه منه. ولكن يمتنع عليه، فى هذه الحالة أن يتمسك إضراراً بالغير بالتأمينات التى تكفل هذا الحق. ويقصد بالغير هنا الكفيل، والمدين المتضامن، وحائز العقار المرهون، والدائن ذو الرهن المتأخر. فكل هؤلاء لهم مصلحة مؤكدة فى وقوع المقاصة. ومن ثم ينبغى ألا يضاروا من التنازل عنها، وعلى ذلك لا يجوز للدائن الرجوع على أى منهم بحقه. ولا يضار الدائن المرتهن المتأخر فى المرتبة عن مرتبة الرهن الذى كان يكفل هذا الحق.

**الثانى:** إذا قام المدين بالوفاء بالدين وهو يجهل وجود حق له فى ذمة دائنه تجوز المقاصة فيه، ومن ثم فلا يمكن القول بأنه قد نزل عن التمسك بالمقاصة، فإنه يترتب على ذلك أحد أمرين:

---

(١) م٣٦٩ مدنى.

**الأول:** فهو إما أن يتمسك بها، وينقضى الدينان منذ وقت صلاحيتهما للمقاصة. ويكون الموفى، فى هذه الحالة، قد دفع غير المستحق، وله أن يطالب باسترداده. «والتزام الموفى له بالرد إلتزام جديد، مصدره الفعل النافع (واقعة دفع غير المستحق). فهو إذن إلتزام مستقل عن إلتزامه القديم الذى إنقضى بالمقاصة، فلا يتصف بما كان لذلك الإلتزام من صفات، كما أنه ليس للموفى أن يتمسك بالتأمينات التى كانت ضامنة لحقه، إذ هو لا يرجع بنفس الحق إنما بحق جديد».

**الثانى:** وإما أن يتنازل الموفى عن التمسك بالمقاصة، فيكون الوفاء الذى قام به صحيحاً لأنه تم لدين قائم فى ذمته. ويظل حقه فى ذمة الدائن قائماً بما له من تأمينات. وهو يستطيع التمسك بهذه التأمينات، ولو أضر بقاؤها بالغير، رعاية لحسن نيته.

## المطلب الثانى

## المقاصة الإختيارية والمقاصة القضائية

### (أ) المقاصة الإختيارية أو الإتفاقية :

إذا تخلف شرط من الشروط التى نص عليها المشرع لوقوع المقاصة القانونية، فإن المقاصة يمكن أن تتم بالإختيار، أى نتيجة عمل إرادى: بإرادة الطرفين معاً، أو بإرادة أحدهما. ويتوقف ذلك على ما إذا كان الشرط المتخلف قد قصد به مصلحة أحد الطرفين أم مصلحة الإثنين معاً.

فإذا كان عدم وقوع المقاصة نتيجة تخلف شرط معين قصد به مصلحة أحد الطرفين، جاز لهذا الأخير أن يتنازل عن هذا الشرط ويتمسك بإرادته وحدها بوقوع المقاصة الإختيارية. ومثال ذلك أن يكون

أحد الدينين مؤجلاً أو متنازعاً فيه، أو غير محدد المقدار أو إلتزاماً طبيعياً، فيجوز للمدين بهذا الدين أن يتمسك بوقوع المقاصة. ونفس الحكم بالنسبة للمدين بدين غير قابل للحجز والدائن بشئ نزع منه دون حق والمودع والمعير، فكل هؤلاء يمكنهم التمسك بالمقاصة الإختيارية بإرادتهم لأن المقاصة القانونية إمتنعت لمصلحتهم، ويجوز لهم النزول عن هذه المصلحة(١).

أما إذا كان عدم وقوع المقاصة نتيجة تخلف شرط معين قصد به مصلحة الطرفين معاً، فإن المقاصة لا تقع إلا بإتفاقهما معاً، وتسمى فى هذه الحالة بالمقاصة الإتفاقية، مثال ذلك عدم تماثل المحل كما لو كان دين محله مبلغ من النقود ومحل الآخر قطناً أو قمحاً. وكذلك الحال إذا كان كلا الدينين مؤجلين أو أحدهما مؤجلاً ولكن الأجل مشترطاً لمصلحة الطرفين معاً.

وتودى المقاصة الإختيارية، سواء تمت بإرادة أحد الطرفين أم بإرادتهما معاً، إلى إنقضاء الدينين بقدر الأقل منهما. فإذا كان أحد الدينين أكبر من الآخر، أدت المقاصة إلى الوفاء الجزئى بالدين الأكبر وهذا غير جائز إلا برضاء صاحب هذا الدين. ومن ناحية أخرى، فإن حرية الأفراد فى إجراء المقاصة الإختيارية مقيدة بحدود النظام العام، ومن ثم فهى غير جائزة بعد شهر الإفلاس أو خلال فترة الريبة، ولا تجوز كذلك بين أجور العمال وحقوق صاحب العمل.

ولا تقع المقاصة الإختيارية بأثر رجعى، كما هو الحال بالنسبة

---

(١) ويجوز للوصى بإرادته، إجراء المقاصة بين حق له فى ذمة الغير وحق لهذا الغير فى ذمة القاصر.

للمقاصة القانونية. بل ترتب آثارها من وقت الإتفاق عليها أو وقت إعلان الإرادة فى إجرائها. ويجب ألا تؤدى إلى المساس بحقوق كسبها الغير.

## (ب) المقاصة القضائية :

المقاصة القضائية هى تلك التى يجريها القاضى إذا كان أحد الدينين محل نزاع فى أصله أو فى مقداره، ويجوز لصاحب هذا الحق أن يلجأ إلى القضاء لحسم هذا النزاع. فإذا قام القاضى بذلك توافرت شروط المقاصة بين هذا الحق وما على صاحبه من دين. ويشترط لإجراء المقاصة القضائية أن يطلبها صاحب الشأن بدعوى أصلية أو فى صورة طلب عارض يقدمه المدعى عليه، رداً على دعوى خصمه الأصلية، بصحيفة تعلن للخصم قبل يوم الجلسة أو يبدى شفاهة فى الجلسة فى حضور الخصم ويثبت فى محضرها. ويكون هذا الطلب غير مقبول إذا أبدى لأول مرة أمام محكمة الإستئناف. ولا يجوز طلب المقاصة القضائية فى صورة دفع لدعوى الخصم[1]. مثال ذلك، أن يطالب الدائن

---

(١) يشترط لإجراء المقاصة القضائية أن ترفع بطلبها دعوى أصلية أو أن تطلب فى صورة طلب عارض يقدمه المدعى عليه رداً على دعوى خصمه الأصلية (م١٥٢ من قانون المرافعات) وإذ كانت المادة ١٥٠ من قانون المرافعات تشترط لقبول الطلب العارض أن يقدم إلى المحكمة بصحيفة تعلن للخصم قبل يوم الجلسة أو يبدى شفاهة فى الجلسة فى حضور الخصم ويثبت فى محضرها، فإنه لا يجوز طلب هذه المقاصة فى صورة دفع لدعوى الخصم (نقض ١٩٦٦/٢/٣ س١٧ ص٣٤٧).

المقاصة القضائية لا تكون إلا بدعوى أصلية أو فى صورة طلب عارض يقدمه المدعى عليه رداً على دعوى خصمه طبقاً للمادة ١٥٢ من قانون المرافعات، فإذا كان الطاعن لم يبد طلب المقاصة القضائية بين ما هو مستحق عليه من الثمن وما هو مستحق له من الثمار إلا أمام محكمة الإستئناف فإنه حتى لو إعتبر هذا الطلب منه طلباً عارضاً =

مدينه بدينه أمام القضاء، فيطلب هذا المدين، بدعوى عارضة المقاصة القضائية بين هذا الدين وحقه فى التعويض قبل الدائن بسبب خطأ هذا الدائن المتمثل فى الإخلال بالإلتزامات التعاقدية بينهما ، كالمقاول الذى يطالب بحقه قبل صاحب العمل، فيطلب هذا الأخير التعويض عن الأضرار التى أصابته بسبب أخطاء المقاول فى تنفيذ عقده.

ويتمتع القاضى بسلطة تقديرية واسعة فى هذا الصدد ، فقد يرى قبول طلب المقاصة، ويقوم بالفصل فى النزاع حول الحق (تقدير التعويض مثلاً) ويجرى المقاصة بين الدينين. وقد يرفض القاضى الدعوى العارضة لعدم وضوح أساسها ، أو لأنه من الأنسب الفصل فيها على حدة.

لقاضى الموضوع بالنسبة للدين المتنازع فيه أن يحدد مقداراً منه هو الحد الأدنى لما يعتبره ثابتاً فى ذمة المدين ويقضى بالمقاصة فى هذا المقدار[1].

ويترتب على حكم القاضى بالمقاصة إنقضاء الدينين بقدر الأقل منهما. ويحكم القاضى على الخصم صاحب الحق الأقل بالمبلغ الذى يزيد

= فإنه يكون غير مقبول لإبدائه لأول مرة أمام محكمة الإستئناف ومن ثم فلا على المحكمة إن هى إلتفت عنه (نقض ١٩٦٨/٢/٢٢ س١٩ ص٣٤٥).

يشترط لإجراء المقاصة القضائية أن يطلبها صاحب الشأن بدعوى أصلية أو فى صورة طلب عارض، وإذا كان الطاعن لم يتمسك لدى محكمة الموضوع إلا بإستحقاقه للريع بعد إبطال عقد شرائه للأطيان وعدم خصمه من الثمن المدفوع منه، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يعمل المقاصة القضائية بين الفائدة التى يرى الطاعن إستحقاقه لها وبين الريع المقضى به لا يكون مخالفاً للقانون أو مشوباً بالقصور (نقض ١٩٧٣/٣/١٥ س٢٤ ص٤٣٠).

(١) نقض ١٩٦٧/١١/٢١ س١٨ ص١٧٢٠ .

عن حقه. والواقع أن دور القاضى يقتصر على إستكمال شروط المقاصة القانونية، من خلال حسم النزاع حول وجود الحق أو مقداره، لذا فإن المقاصة تتم فى هذه الحالة بقوة القانون بمجرد توافر شروطها، ويكون حكم القاضى كاشفاً وليس منشئاً. ولكن نظراً لأن شروط المقاصة لا تستكمل إلا من وقت حسم النزاع حول الحق ولا يتم ذلك إلا بصدور الحكم، فإن المقاصة تقع وترتب آثارها منذ هذا الوقت.

## المبحث الخامس

## اتحاد الذمة

نعرض لمفهوم إتحاد الذمة ثم نبين حالاته وآثاره.

### المطلب الأول

### مفهوم إتحاد الذمة

- يتحقق إتحاد الذمة عندما تجتمع صفتا الدائن والمدين فى شخص واحد بالنسبة إلى دين واحد، أى أن الشخص يصبح دائن نفسه، وتكون ذمة الدائن هى ذمة المدين، وليس من المتصور أن يطالب الشخص نفسه بالدين. مثال ذلك أن يتوفى الدائن فيرثه المدين.

- وهناك وجه للتشابه بين إتحاد الذمة والمقاصة هو أن الشخص الواحد يجمع بين صفة الدائن وصفة المدين فى نفس الوقت، أى أنه يكون دائناً ومديناً فى آن واحد. ومع ذلك فهناك فارق جوهرى بين النظامين: فالمقاصة تفترض وجود شخصين، كل منهما دائن للآخر ومدين له فى نفس الوقت، أى أننا بصدد دينين يشغل كل منهما ذمة مالية مستقلة عن الأخرى. أما فى إتحاد الذمة فإن الشخص واحد

والدين واحد، أى أن نفس الشخص يصبح دائناً ومديناً فى نفس الدين.

- وإتحاد الذمة ليس سبباً لإنقضاء الإلتزام بالمعنى القانونى الدقيق، لأنه لا يؤدى إلى إنقضاء حقيقي للإلتزام، بل يمنع من المطالبة به، فهو يشكل عقبة واقعية يترتب عليها إستحالة المطالبة بالحق. حيث لا يستطيع أن يطالب الشخص نفسه. وعلى ذلك فإن الدين لا ينقضى بل يقف نفاذه «والواقع أن هذا الأثر أقرب فى حقيقته إلى شل حكم الإستحقاق، وهو المطالبة، منه إلى معنى الإنقضاء. فالإلتزام يعود إلى الوجود إذا زال السبب الذى أدى إلى إتحاد الذمة»[1]. فإذا أوصى الدائن بالدين للمدين، ومات الدائن فإتحدت الذمة فى الدين، ثم أبطلت هذه الوصية، عاد الدين، فى ذمة المدين الموصى له، للتركة.

- «ليس لإتحاد الذمة حظ موفور من الناحية العملية. وقد أغفله التقنين الألمانى، ولو انه أقره بطريق ضمنى، ذلك أن واضعى هذا التقنين إعتبروه سبباً طبيعياً لإنقضاء الإلتزام من حيث هو حتم تقتضيه طبيعة إجتماع صفتى الدائن والمدين فى الشخص الواحد. وإنتهوا إلى أن أثره يتفرع لزامًا على جوهر الإلتزام ذاته». ويقل نصيب هذا النظام من الأهمية، فى مصر والدول التى تطبق مبدأ الشريعة الإسلامية القائل بأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون، أى أن الدائن لا يرث ديون التركة، ومن ثم فإن أحد التطبيقين الرئيسيين لإتحاد الذمة لا يتم إعماله، فالذمة لا تتحد فى الدين الذى على التركة. فإذا مات المدين وورثة الدائن فلا يكون هناك مجال لإتحاد الذمة فى هذه الحالة، إذ يستوفى الدائن دينه من التركة، وينقضى الدين بالوفاء، ثم يرث الدائن بعد ذلك، وحده أو مع غيره، ما تبقى بعد سداد الديون.

---

(١) نقض ٢/٥/٢٠٠٠ طعن ٦٦٩ س٦٣ق.

## المطلب الثانى

## حالات إتحاد الذمة

يتحقق إتحاد الذمة فى كل من الحقوق الشخصية والعينية إذا خلف أحد طرفى الإلتزام الطرف الآخر بسبب الوفاة أو حال الحياة:

### (أ) إتحاد الذمة عن طريق الميراث:

يتحقق إتحاد الذمة، فى الغالب، عن طريق الميراث فى صورتين:

**الأولى:** أن يموت الدائن ويرثه المدين، فإذا كان المدين هو الوارث الوحيد، فإنه يرث حق المورث فى ذمته، ويصبح الوارث دائناً لنفسه، وتجتمع فيه صفتا الدائن والمدين، وينقضى الدين بإتحاد الذمة. أما إن ورث جزءاً من التركة وإختص بجزء من الحق، فإن الدين ينقضى بقدر الجزء الذى ورثه من الحق، ويبقى ملتزماً بالجزء الآخر لبقية الورثة.

**الثانية:** أن يموت المدين ويرثه الدائن. ففى الشرائع الغربية عامة، والقانون الفرنسى خاصة، تنتقل ديون المتوفى إلى وارثه، أى أن الدائن يرث الدين الذى على التركة. وتجتمع فيه صفة الدائن والمدين، وينقضى الدين بإتحاد الذمة[1].

أما فى الشريعة الإسلامية، وهى المطبقة فى الميراث، فالقاعدة أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون. أى أن الدين لا ينتقل إلى الوارث، بل يُستوفى أولاً من التركة، ثم ينتقل ما تبقى من حقوق إلى الورثة. وعلى

(١) إلا إذا قبل الوارث الميراث مع إشتراط الجرد، ففى هذه الحالة لا يرث الديون، ويصبح فى وضع مماثل لوضع الوارث فى الشريعة الإسلامية، ولا يتحقق إتحاد الذمة، بل يستوفى الدائن (الوارث) حقه من التركة أولاً، ثم يرث نصيبه فيها بعد ذلك خالية من الديون. p. Malinvand, n 332

ذلك يستوفى الدائن حقه من التركة، وينقضى هذا الحق بالوفاء لا بإتحاد الذمة، ثم يرث هذا الدائن وحده أو غيره من الورثة ما يتبقى من التركة[1]. أى أنه لا مجال لأعمال إتحاد الذمة فى هذه الصورة.

## (ب) إتحاد الذمة عن طريق الوصية :

يمكن أن يتحقق إتحاد الذمة عن طريق الوصية فى حالتين:

**الأولى:** إذا أوصى الدائن لمدينه بالحق الذى له فى ذمته، هنا يكون المدين (الموصى له) خلفاً خاصاً للدائن (الموصى) فى هذا الحق. فتجتمع فيه صفة المدين وصفة الدائن فى نفس الدين بحكم الوصية. وينقضى الدين بإتحاد الذمة.

**الثانى:** إذا أوصى الدائن لمدينه بجزء من التركة (الثلث مثلاً)، هنا يكون المدين (الموصى له) خلفاً عاماً للدائن (الموصى) ويصبح دائناً للتركة، بحكم الوصية، بثلث الدين الذى فى ذمته، فتجتمع فيه صفتا الدائن والمدين، وتتحد الذمة فى حدود هذا الثلث، أى أن الدين ينقضى بهذا القدر، ويظل مديناً للورثة بثلثى الدين.

---

(١) إتحاد الذمة لا يتحقق إلا بإجتماع صفتى الدائن والمدين فى شخص واحد بالنسبة إلى دين واحد، ومن ثم فلا يتحقق إتحاد الذمة إذا ما ورث الدائن المدين إذ تمنع من ذلك أحكام الشريعة الإسلامية التى تحكم الميراث فى هذه الحالة، ذلك أنه حيث يرث الدائن المدين فإنه لا يرث الدين الذى على التركة حتى ولو كان هو الوارث الوحيد للمدين لما هو مقرر فى الشريعة الإسلامية من أنه لا تركة إلا بعد سداد الدين مما مقتضاه أن تبقى التركة منفصلة عن مال الوارث للدائن حتى تسدد الديون التى عليها وبعد ذلك يرث هذا الدائن وحده أو غيره من الورثة ما يتبقى من التركة (نقض ١٩٦٦/٤/١٤ س١٧ ص٨٤٦).

## (جـ) إتحاد الذمة عن طريق التصرف :

وقد يتحقق إتحاد الذمة بين الأحياء عن طريق التصرف القانونى. مثال ذلك أن تشترى إحدى الشركات السندات التى أصدرتها، فهذه السندات أوراق مالية تثبت مديونية الشركة قبل مالك السند، فإذا إشترت الشركة السندات، فإنها تصبح دائنة ومدينة فى نفس الوقت، فينقضى دينها بإتحاد الذمة.

ويتحقق ذلك أيضاً، إذا تنازل صاحب الحق المتنازع فيه عن حقه بمقابل إلى شخص آخر، يستطيع المدين أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع الفوائد والمصروفات[1]. أى أن المدين يحول الصفقة إليه ويسترد الحق المتنازع فيه، ويصبح بذلك دائناً لنفسه وتجتمع فيه صفة المدين والدائن، وينقضى الدين بإتحاد الذمة.

ومن التطبيقات القضائية: «البيع يشمل المبيع وملحقاته، ولا شك أن الدعاوى المتعلقة بهذا البيع هى من ضمن هذه الملحقات ومنها دعاوى الضمان، فإذا حصل البيع للمسؤول عن الضمان، إتحدت ذمته بهذا البيع بإجتماع صفتى دائن بحق الضمان ومدين به فى شخصه، ولاشك أن إتحاد الذمة من أوجه إنقضاء التعهدات ويترتب عليه قانوناً زوال الصفتين بمقابلة إحداهما للأخرى»[2].

«والمثل الآخر الذى يورده الفقه عادة لتصرف قانونى ما بين الأحياء يكون سبباً لإتحاد الذمة هو مثل الكمبيالة التى قبلها المسحوب

(١) م٤٦٩ مدنى.

(٢) إستئناف مصر ١٩٣٣/١/٨ المحاماة١٣ ص١١١٥ .

عليه، فأصبح مديناً بقيمتها. وقبل حلول ميعاد إستحقاقها يشتريها المسحوب عليه، فتصبح ملكه، ومن ثم يصير دائناً لنفسه، فتجتمع صفتا المدين والدائن، وتتحد الذمة فى الدين. وسبب إتحاد الذمة هنا هو شراء المسحوب عليه الكمبيالة، وهذا تصرف قانونى ما بين الأحياء».

ومثال ذلك أيضاً إجتماع صفتى المستأجر والمشترى للعين المؤجرة فى شخص واحد، عندما يشتري المستأجر العين، حيث تقوم به حالة إتحاد الذمة بالنسبة لعقد الإيجار، فينقضى بها، إذا كان قد ترتب على الشراء حلول المشترى محل المؤجر فى هذا العقد بالذات لأنه بذلك تجتمع فى المشترى بالنسبة لهذا العقد صفتا المستأجر والمؤجر[1].

---

(١) إتحاد الذمة يقتضى وجود إلتزام واحد يخلف أحد طرفيه الطرف الآخر فيه، فيترتب على إجتماع صفتى الدائن والمدين فى ذات الشخص إنقضاء الدين، ومن ثم فإن إجتماع صفتى المستأجر والمشترى للعين المؤجرة فى شخص واحد لا تقوم به حالة إتحاد الذمة بالنسبة لعقد الإيجاد فينقضى بها إلا إذا كان قد ترتب على الشراء حلول المشترى محل المؤجر فى هذا العقد بالذات لأنه بذلك تجتمع فى المشترى بالنسبة لهذا العقد صفتا المستأجر والمؤجر، أما إذا كان شراء المطعون عليه (المستأجر من الباطن) وأخوته من المالكة الأصلية للعين للمؤجرة منها للطاعن المستأجر (الأصلى قد ترتب عليه حلولهم محل المالكة الأصلية فى الإجارة الصادرة منها إلى الطاعن، دون حلولهم محل الطاعن فى الإجارة الصادرة منه إلى المطعون عليه، فإن هذا الشراء لا تنشأ عنه حالة إتحاد ذمة تنتهى بها الإجارة الصادرة من الطاعن للمطعون عليه لأنه لم يكن من مؤداه إجتماع صفتى المستأجر والمؤجر فى هذه الإجارة بذاتها فى شخص المشترى. ومن أجل ذلك تبقى هذه الإجارة قائمة ولو كانت ملكية العين المؤجرة جميعها قد إنتقلت إلى المستأجر من الباطن، وليس ثمة ما يمنع قانوناً من أن يكون المستأجر هو المالك. وإذا كان الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا النظر وإعتبر عقد الإيجار من الباطن قد إنفسخ بالنسبة إلى ثلث العين المؤجرة إستناداً إلى قيام حالة إتحاد الذمة بشراء المطعون عليه ثلث العين المؤجرة فإنه يكون قد خالف القانون (نقض ١٩٦٣/٦/٢٧ س١٤ ص٩٢٨).

### (د) إتحاد الذمة فى الحقوق العينية:

لا يقتصر إتحاد الذمة على الحقوق الشخصية وحدها، كما رأينا فى الحالات السابقة، بل ينطبق أيضاً على الحقوق العينية. ويحدث ذلك فى حالة تجزئة عناصر الملكية بين شخصين: أحدهما صاحب حق الإنتفاع والآخر حق الرقبة، فإذا مات الثانى وورثه الأول، تجمعت عناصر الملكية فى يد شخص واحد. ونفس الحكم فى حالة وجود حق إرتفاق على العقار، فإذا إنتقلت ملكية العقار المرتفق إلى مالك العقار المرتفق به أو العكس، فإن حق الإرتفاق ينقضى بإتحاد الذمة.

## المطلب الثالث

## أثر إتحاد الذمة

يترتب على إتحاد الذمة عدة آثار هى[1]:

**أولاً:** يؤدى إتحاد الذمة إلى إنقضاء الدين بالقدر الذى إتحدت فيه الذمة. فإذا توفى الدائن عن وارثين أحدهما هو المدين، فإن الدين ينقضى بقدر الحصة التى آلت إلى المدين بالميراث. فإذا ورث نصف التركة، إنقضى نصف الدين فقط بإتحاد الذمة.

**ثانياً:** وإنقضاء الدين بإتحاد الذمة غير إنقضائه بالوفاء أو بالتجديد أو بالمقاصة، ففى هذه الحالات الأخيرة ينقضى الدين حقيقة، ولا يعود له وجود. أما إنقضاء الدين عن طريق إتحاد الذمة فليس

---

(١) تنص المادة ٣٧٠ مدنى على أنه «١- إذا إجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد، إنقضى هذا الدين بالقدر الذى إتحدت فيه الذمة. ٢- وإذا زال السبب الذى أدى لإتحاد الذمة، وكان لزواله أثر رجعى، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً، ويعتبر إتحاد الذمة كأن لم يكن».

بإنقضاء حقيقى، بل إن الدين يقف نفاذه، كما قدمنا، لإرتطامه بعقبة طبيعية تجعل هذا النفاذ مستحيلاً. فقد إتحدت صفتا الدين والمدين فى شخص واحد، وأصبح من المستحيل أن يطالب الشخص نفسه بالدين، ومن ثم يقف نفاذ الدين من ناحية المطالبة وحدها. ولكن الدين، وهو موقوف على هذا النحو، يبقى مع ذلك معتداً به من نواح أخرى»:

١- يُعتد بالدين، الذى تتحد فيه الذمة بالميراث، فى تقدير قيمة التركة، وذلك سواء لحساب الثلث الذى تجوز فيه الوصية أو لإحتساب ضريبة التركات التى تستحق على التركة.

٢- ينقضى إلتزام الكفيل بالتبعية لإنقضاء الإلتزام المكفول نتيجة لإتحاد ذمة المدين والدائن، أما إذا إتحدت الذمة بين الدائن والكفيل (كما لو مات الأول وورثه الثانى)، إنقضى دين الكفيل، ولكن يظل الدين الأصلى فى ذمة المدين به ويبقى ملتزماً به قِبل الكفيل (الدائن الجديد).

٣- إذا إتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين (بأن ورث ذلك المدين الدائن مثلاً). فإن الدين لا ينقضى بالنسبة إلى باقى المدينين إلا بقدر حصة المدين الذى إتحدت ذمته مع الدائن[1].

**ثالثاً:** إذا زال السبب الذى أدى إلى إتحاد الذمة، وكان لزواله أثر رجعى، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً، ويعتبر إتحاد الذمة كأن لم يكن. ويعتبر ذلك نتيجة منطقية للتحليل السابق لطبيعة إتحاد الذمة. وعلى ذلك يعود الدين إلى الظهور

---

(١) م٢٨٨ مدنى.

والنفاذ، بعد زوال إستحالة المطالبة به، بمقوماته الأصلية، بصفاته ودفوعه وتأميناته.

ومثال ذلك إتحاد الذمة بسبب الوصية بالحق للمدين، فإن أبطلت الوصية، عاد الدين، فى ذمة المدين، للتركة بكل صفاته وتأميناته العينية والشخصية، فإذا كان مكفولاً عاد إلتزام الكفيل من جديد. وإذا حول صاحب الحق المتنازع فيه حقه إلى شخص آخر بمقابل معين، فإسترده المدين بعد دفع الثمن والفوائد، وإنقضى الدين بإتحاد الذمة، فإذا حكم ببطلان التصرف لأن المحيل كان قاصراً مثلاً، أو لأن إرادة المدين كانت معيبة، ترتب على ذلك زوال إتحاد الذمة بأثر رجعى ويعود الدين إلى النفاذ بكل مقوماته.

وإذا قام حائز العقار المحمل برهنين متتاليين، بالوفاء بقيمة الرهن الأول، وحل محل الدائن الموفى له فى الرهن، فيصبح بذلك صاحب رهن على عقاره، فينقضى هذا الرهن بإتحاد الذمة. أما إذا نزع الدائن المرتهن الثانى ملكية العقار المرهون، عاد رهن الحائز إلى الظهور، لزوال اتحاد الذمة، ويستوفى الحائز قيمة الرهن الذى حل فيه من ثمن العقار مقدماً على الدائن المرتهن الثانى.

# الفصل الثالث

# إنقضاء الإلتزام دون وفاء

ينقضى الإلتزام دون أن يقوم المدين بالوفاء أو ما يعادل الوفاء فى حالات ثالث هى: الإبراء، إستحالة التنفيذ، التقادم المسقط، ونخصص لكل منها مبحثاً مستقلاً.

## المبحث الأول

## الإبـــراء

**(أ) تعريف :**

الإبراء هو تنازل الدائن عن حقه بإرادته المنفردة بدون مقابل، فهو تبرع ينقضى به الدين، وتبرأ ذمة المدين دون أن يحصل الدائن على شئ.

**(ب) الإبراء تصرف من جانب واحد :**

الإبراء تصرف قانونى من جانب واحد، فهو يتم بإرادة الدائن وحده، وبغير حاجة إلى قبول المدين[1]. لذا يصح الإبراء ولو كان المدين غير قادر على التعبير عن إرادته، بل ويجوز إبراء الميت من دينه.

والإبراء كتصرف إرادى موجه إلى المدين، لا ينتج أثره إلا من الوقت الذى يصل فيه إلى علمه. فمنذ هذا الوقت يتم الإبراء ولا

(١) وقد تأثر المشرع فى ذلك بالفقه الإسلامى. بخلاف الحال فى التقنين المدنى السابق، وبعض الشرائع الأخرى، حيث لا يتم الإبراء إلا بإتفاق الدائن والمدين.

يستطيع الدائن العدول عنه. ويتم الإبراء، ولو مات الدائن أو فقد أهليته بعد صدور التعبير منه، متى إتصل هذا التعبير بعلم المدين[١].

ويجوز للمدين أن يرد الإبراء، فقد يرى فيه مساس بكرامته أو تفضلاً عليه من الدائن هو فى غنى عنه. ويترتب على الرد زوال أثر الإبراء، ويعود الدين إلى ذمته كما كان[٢]. ويعد رد المدين الإبراء تصرفاً مفقراً، ومن ثم يلزم لصحته توافر أهلية التبرع فى المدين، ويستطيع دائنوه الطعن فيه بالدعوى البوليصية.

**(جـ) الإبراء تصرف تبرعي:**

أولاً: الإبراء تصرف تبرعي ينزل فيه الدائن مختاراً عن حقه دون مقابل[٣]. وتسرى عليه كل الأحكام الموضوعية التى تسرى على التبرعات. وعلى ذلك لابد من صدور الإرادة من الدائن خالية من العيوب. ويتم التعبير عن الإرادة صراحة أو ضمناً، ولكن بصورة مؤكدة، فالإبراء لا يفترض. ويجب أن تتوافر فى الدائن أهلية التبرع، أو ولاية التبرع إذا كان المبرئ نائباً عن الدائن، وللإبراء محل وسبب، وينبغى ألا يتضمن ذلك مخالفة للنظام العام. فلا يجوز النزول مقدماً

---

(١) م٩٢ مدنى.

(٢) وتنص المادة ٣٧١ مدنى على ما سبق بقولها «ينقضى الإلتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ويرتد برده».

(٣) الإتفاق المبرم بين مدير الشركة المساهمة والمدين وتضمن التنازل عن جزء من الدين وفوائده بدون أى مقابل- من جانب المدين- لا يعتبر صلحاً وإنما إبراء من جزء من المدين، وهو عمل تبرعى محض، لا يملك مجلس الإدارة إجراءه أو إجازته طبقاً لنص المادة ٤٠ من قانون الشركات المساهمة رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ وبالتالى فلا يملك التنازل عن هذا الحق لأحد أعضائه أو لأحد المديرين، وإلا كان عمله باطلاً طبقاً لنص المادة ١٠٢ من القانون المذكور (نقض ٢/١/١٩٧١ س٢٢ ص١٠٠).

عن حقوق الأسرة المتعلقة مثلاً بنفقة الصغير وحضانته أو الولاية عليه، ولا يجوز الإبراء بقصد تحقيق غاية غير مشروعة، كالوصول إلى علاقة غير شرعية مثلاً.

**ثانياً:** وحيث أن الإبراء تبرع، فإنه يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية دون حاجة لإثبات تواطؤ أو غش الدائن. وتسرى عليه أحكام الوصية إذا صدر من الدائن فى مرض الموت، ولا ينفذ إلا فى حدود ثلث التركة، ويجوز للموصى الرجوع فيه حتى الوفاة. وتسرى على الإبراء أحكام الرجوع فى الهبة لعذر مقبول ما لم يوجد مانع من الرجوع.

**ثالثاً:** ومن حيث الشكل، لا يشترط فى الإبراء شكل خاص، فهو تصرف قانونى رضائى، رغم أنه عمل من أعمال التبرع فهو كالهبة، ولكنها هبة غير مباشرة، والقانون لا يشترط بالنسبة للهبات غير المباشرة مراعاة الشروط الشكلية التى يستلزمها فى الهبات المباشرة، وعلى ذلك لا يلزم شكل معين فى الإبراء، ولو كان الدين محل الإبراء يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو إتفق عليه المتعاقدان. فالقانون يشترط لإنعقاد الوعد بالهبة إفراغه فى ورقة رسمية، فإذا وعد شخص آخر بأن يهبه شيئاً معيناً، وحرر هذا الوعد فى ورقة رسمية، أصبح مديناً أمام الموعود له بإعطاء هذا الشئ. يستطيع الموعود له (الدائن) أن يبرئ المدين (الواعد)، وينتج هذا الإبراء أثره ولو لم يكن مكتوباً فى ورقة رسمية. وإذا أبرم عقد بيع بإتفاق الأطراف أمام الموثق، فإنه يجوز للبائع أن يبرئ المشترى من كل أو بعض الثمن دون حاجة إلى إتباع الشكل الرسمى فى التعبير عن هذا الإبراء[1].

---

(١) تنص المادة ٣٧٢ مدنى على أنه «١- يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التى =

أما إذا أوصى الدائن بإبراء المدين من الدين بعد وفاته، فالإبراء هنا يكون وصية وتطبق عليه كل أحكامها الموضوعية والشكلية، وعلى ذلك يلزم لصحة الإبراء فى هذه الحالة مراعاة الشكل الذى يستلزمه المشرع فى الوصية.

**رابعاً**: وأخيراً فإن الإبراء يخضع، فى إثباته، للقواعد العامة فى الإثبات. ويقع على عاتق المدين عبء إثبات إبراء الدائن له من الدين. ويعد تسليم الدائن للمدين سند الدين أو صورته الواجبة التنفيذ قرينة على براءة ذمة المدين من الدين بالوفاء أو بالإبراء، ولكنها قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس.

### (د) آثار الإبراء :

**أولاً**: يترتب على الإبراء إنقضاء الإلتزام وبراءة ذمة المدين منه. والإبراء قد يكون عاماً فيشمل كل ديون المدين السابقة عليه دون تلك الناشئة بعده، وقد يكون محدداً أو جزئياً فيتحدد أثره بنطاقه، ويترتب على إنقضاء الدين إنقضاء كافة التأمينات الضامنة له سواء كانت عينية أو شخصية. ويجب شطب قيد التأمينات العينية كالرهن، حتى يسرى زوالها فى حق الغير. ويترتب على إبراء ذمة المدين من الدين إبراء ذمة الكفيل، أما إبراء الكفيل فلا يبرئ المدين أو غيره من الكفلاء.

**ثانياً**: وينتج الإبراء أثره ولو لم يقبله المدين. إلا أن هذا القبول يؤكد إنقضاء الإلتزام، أما إذا رفض المدين الإبراء، فإن الإلتزام ينشأ

---

= تسرى على كل تبرع. ٢- ولا يشترط فيه شكل خاص، ولو وقع على إلتزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون وإتفق عليه المتعاقدان».

من جديد على عاتقه، ولا تعود التأمينات التى كانت تضمنه مرة أخرى إلا برضاء أصحابها.

**ثالثاً:** وقد يبرئ الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين أو من التضامن، وقد سبق أن تعرضنا لذلك فنحيل إلى ذلك الموضع[١].

**رابعاً:** وأخيراً فإن الإبراء ينشئ مركز قانونى ثابت، وهو براءة ذمة المدين، ولا يتقادم أبداً. وتعبر عن ذلك محكمة النقض بقولها «التنازل الذى يتضمن إبراء الدائن مدينه من إلتزام ما إنما هو وسيلة من وسائل إنقضاء الإلتزامات. وإذا كان التقادم المسقط هو وسيلة أخرى من وسائل إنقضاء الإلتزام دون الوفاء به فإنه لا يمكن أن يرد على مثل هذا التنازل، ومن ثم فإنه متى صدر التنازل نهائياً فإنه ينشئ مركزاً قانونياً ثابتاً ولا يتقادم أبداً ويحق للمتنازل إليه أن يطلب فى أى وقت إعمال الآثار القانونية لهذا التنازل ومن بينها إبطال ما إتخذه المتنازل من إجراءات بالمخالفة لتنازله[٢].

## المبحث الثاني

## استحالة التنفيذ

ينقضى الإلتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء مستحيل لسبب أجنبى لا يد له فيه»[٣]. ويتضح من ذلك أن إستحالة تنفيذ الإلتزام لسبب أجنبى تؤدى إلى إنقضاء إلتزام المدين بشروط معينة.

---

(١) إنظر ما سبق ص٣٦٢ .

(٢) نقض ١٩٦٤/٥/٢٨ س١٥ ص٧٣١ .

(٣) م٣٧٣ مدنى. اسماعيل غانم ص٤٣٠

## المطلب الأول

## شروط إستحالة التنفيذ

### أولاً: يجب أن يصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلاً:

١- والمقصود بالإستحالة التى ينقضى بها الدين هى تلك التى تطرأ بعد نشوئه، لأن الإلتزام لا ينشأ أصلاً إذا كان محله مستحيلاً منذ البداية. ويجب أن تكون الإستحالة تامة، أى عدم إمكانية الوفاء بالإلتزام طبقاً للظروف الممكنة والمألوفة للناس. ولا يكفى أن ينطوى تنفيذ الإلتزام على إرهاق للمدين طالما أنه لا زال ممكناً. فالإلتزام المرهق لا ينقضى، بل يمكن أن يؤدى إلى تخفيف العبء عن المدين من خلال تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

**٢- والإستحالة قد تكون مادية،** كهلاك الشئ المبيع إذا كان معيناً بذاته، أو مرض المدين إذا كان تنفيذ الإلتزام يستلزم تدخله الشخصى كالرسام أو الفنان. أما إذا كان الشئ المبيع مثلياً، كتسليم كمية من القمح، فإن الإلتزام لا ينقضى ولو هلك ما يوجد لدى المدين منه، حيث يمكن شراء نظيره من الأسواق. وبالنسبة للعمل يمكن للمدين أن يحل غيره محله ويقوم بالتنفيذ من خلال تابعيه طالما لا يتحتم تدخله شخصياً، كما فى أعمال المقاولات المادية، ومن ثم لا يؤثر المرض على مثل هذا الإلتزام. وتلك مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضى الموضوع.

**٣- وقد تكون الإستحالة قانونية** كنزع ملكية الأرض، التى يلتزم المدين بنقل ملكيتها[1]، للمنفعة العامة، أو صدور قانون يحظر

(١) إذا كان عقد بيع مضرب الأرز- وهو عقار- لم يسجل قبل حصول تأميم المضرب، فإن ملكيته تكون قد بقيت للبائعة حتى نقلها التأميم إلى الدولة، وإستحال بذلك على =

إستيراد أو تداول السلعة موضوع التعاقد، والتى يلتزم المدين بتسليمها، وتلك مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض.

## ثانياً: إستحالة التنفيذ لسبب أجنبى :

يجب أن ترجع إستحالة التنفيذ إلى سبب أجنبى لا يد للمدين فيه، كقوة قاهرة[1]، أو حادث فجائى، أو خطأ الدائن، أو فعل الغير. أما إذا لم يثبت السبب الأجنبى، أُفترض أن الإستحالة ترجع إلى خطأ المدين، فلا ينقضى الإلتزام، إلا أنه نظراً لإستحالة تنفيذه عيناً، تعين الإلتجاء إلى التنفيذ بمقابل، أى عن طريق التعويض[2].

---

= البائعة تنفيذ إلتزامها بنقل الملكية إلى المشترية، وينفسخ عقد البيع من تلقاء نفسه طبقاً للمادة ١٥٩ من القانون المدنى ويترتب على الإنفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، ويتحمل تبعة الإستحالة المدين بالإلتزام الذى إستحال تنفيذه عملاً بمبدأ التبعة فى العقد الملزم للجانبين وذلك بالتطبيق للمادة ١٦٠ من القانون المدنى (نقض ١٩٧٤/٦/٩ س٢٥ ص١٠٢٧).

(١) يشترط فى القوة القاهرة التى يترتب عليها عدم المسئولية عن تعويض الضرر الناتج عن عدم تنفيذ العقد أن يكون من شأنها جعل الوفاء بالإلتزام مستحيلاً وأن تكون غير متوقعة الحصول وقت التعاقد ويستحيل دفعها (نقض ١٩٦٦/١٢/١٣ س١٧ ص١٨٨٩) تقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعى تملكه محكمة الموضوع فى حدود سلطتها التقديرية متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة (نقض ١٩٧٩/٣/١٩ س٣٠ ص٨٥٩).

(٢) الفسخ يعتبر واقعاً فى العقد الملزم للجانبين بإستحالة تنفيذه، ويكون التنفيذ مستحيلاً على البائع، بخروج المبيع من ملكه ويجعله مسئولاً عن رد الثمن، ولا يبقى بعد ذلك إلا الرجوع بالتضمينات إذا كانت الإستحالة بتقصيره، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد جعل الطاعنة (البائعة) مسؤولة عن رد الثمن بسبب إستحالة التنفيذ بعد إنتقال ملكية الأطيان المبيعة إلى الغير بعقد البيع المسجل، ثم رتب على فسخ البيع إلتزام البائع برد الثمن، فإن الحكم يكون مقاماً على أسباب تكفى لحمل قضائه (نقض ١٩٧١/٦/٣ س٢٢ ص٧٢٤). نقض ٢٠٠٠/٥/٢٨ طعن ٣٩٥٦ س ٦٨ ق.

ويقع على عاتق المدين عبء إثبات إستحالة التنفيذ، وأن هذه الإستحالة مردها السبب الأجنبى الذى لا يد له فيه.

**ثالثاً: حالات إستثنائية :**

وهناك بعض الحالات التى يظل المدين فيها مسؤولاً عن تنفيذ إلتزامه بطريق التعويض، رغم إستحالة تنفيذه بسبب أجنبى وهى:

١- إذا كان هناك إتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة[١]. ويلعب المدين، فى هذه الحالة، دور المؤمن حيث يؤمن الدائن من الحوادث التى ترجع إلى القوة القاهرة[٢].

٢- إذا كان السبب الأجنبى مرده خطأ المدين، كما لو إحترقت أو سرقت العين التى يلتزم المدين بتسليمها، بتقصير المدين، أو بمساهمة هذا التقصير.

٣- إذا أعذر الدائن المدين بوجوب تنفيذ إلتزامه قبل إستحالة التنفيذ. فالإعذار يجعل المدين مسؤولاً عن إستحالة التنفيذ، ولو كانت راجعة إلى سبب أجنبى، ولا ينقضى إلتزامه، بل يتحول محله إلى تعويض[٣].

---

(١) م٢١٧ مدنى.

(٢) نقض ١٩٤٥/١٠/٢٩ مجموعة عمر٤ ص٧٤٦ .

(٣) وتنص المادة ٢٠٧ مدنى على ذلك بقولها « ١- إذا إلتزم المدين أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل، وتضمن إلتزامه أن يسلم شيئاً ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر، فإن هلاك الشئ يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن. ٢- ومع ذلك لا يكون =

٤- إذا كان إلتزام المدين قد نشأ فى ذمته بسبب فعل غير مشروع من جانبه. كما لو سرق شخص شيئاً وهلك فى يده بسبب أجنبى، فإن إلتزامه بالرد لا ينقضى، بل يتحول إلى الإلتزام بالتعويض(١).

## المطلب الثانى

## آثار إستحالة التنفيذ

١- يترتب على إستحالة تنفيذ الإلتزام لسبب أجنبى لا يد للمدين فيه، إنقضاء هذا الإلتزام، وتنقضى معه التأمينات العينية والشخصية التى كانت تضمن الوفاء به. وتبرأ ذمة المدين براءة تامة. ومن ثم لا يجوز للدائن الرجوع على المدين بالتعويض.

٢- وإذا كان الإلتزام الذى إستحال تنفيذه ناشئاً عن عقد ملزم للجانبين، إنقضى هذا الإلتزام، وينقضى بالتبعية الإلتزام المقابل له، وينفسخ العقد حتماً من تلقاء نفسه. فمن المقرر أنه فى العقود الملزمة للجانبين، إذا إنقضى الإلتزام بسبب إستحالة تنفيذه، إنقضت معه الإلتزامات المقابلة وينفسخ العقد من تلقاء نفسه. كما لو كان إلتزام البائع بنقل ملكية شئ معين بالذات قد إستحال تنفيذه بسبب هلاك الشئ لسبب أجنبى، فينقضى إلتزامه، وينقضى بالمقابل إلتزام المشترى بدفع الثمن، وينفسخ البيع بقوة القانون(٢).

---

= الهلاك على المدين، ولو أعذر، إذا أثبت أن الشئ كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة».

(١) تنص المادة ٣/٢٠٧ مدنى على أن الشئ المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت تبعة الهلاك على السارق.

(٢) إذا كان الثابت أن إلتزام البائع بنقل ملكية القدر المبيع إلى المشترى قد أصبح مستحيلاً بسبب الإستيلاء عليه لدى البائع تنفيذاً لقانون الإصلاح الزراعى، فإن مقتضى هذه =

٣- إذا كان الشئ محل الإلتزام قد هلك جزئياً بسبب أجنبى، إلتزم المدين بأن يسلم للدائن ما بقى من الشئ الهالك. ويلتزم المدين بالتنازل للدائن عما يكون له من حق أو تعويض عن هلاك الشئ، كما لو كان هذا الشئ مؤمناً عليه، أو هلك بفعل الغير فُألزم بالتعويض.

٤- وإذا كان هناك أكثر من مدين متضامن، وإستحال تنفيذ الإلتزام بسبب أجنبى، إنقضى الإلتزام بالنسبة لهم جميعاً. وإذا كانت الإستحالة بخطأ أحدهم، برأت ذمة الآخرين، ويكون هذا المدين هو المسؤول وحده عن التعويض.

٥- وأخيراً فإن الإستحالة التى تؤدى إلى إنقضاء الإلتزام هى الإستحالة الدائمة، أما إذا كانت الإستحالة مؤقتة. فإن الإلتزام لا ينقضى، بل يقف تنفيذه خلال فترة الإستحالة، ثم ينفذ بعد زوالها(١).

## المطلب الثالث

## تحمل تبعة الإستحالة

١- فى العقود الملزمة للجانبين، يتحمل المدين تبعة الإستحالة. فإذا إنقضى إلتزام المدين بسبب إستحالة تنفيذه لسبب أجنبى، ينقضى الإلتزام المقابل بالتبعية، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه. فإذا هلك الشئ المبيع هلاكاً كلياً بسبب أجنبى ، فإن إلتزام البائع بنقل الملكية ينقضى، وينقضى فى نفس الوقت إلتزام المشترى بدفع الثمن، وينفسخ العقد،

---

= الإستحالة أن ينفسخ العقد وأن يلزم البائع وورثته من بعده برد الثمن بالتطبيق للمادة ١٦٠ مدنى إذ الغرم يقع على البائع نتيجة تبعة إنقضاء إلتزامه (نقض ١٩٦٩/٣/١٣ س٢٠ ص٤٢٢).

(١) نقض ١٩٦٢/١٢/٢٠ س١٣ ص١١٥٩ .

فالبائع يفقد الشئ ولا يحصل على الثمن المقابل له[1].

٢- أما فى العقود الملزمة لجانب واحد، فإن الدائن هو الذى يتحمل تبعة الإستحالة، ذلك أن ذمة المدين تبرأ كلية إذا إستحال تنفيذ إلتزامه بسبب أجنبى، ولا يستطيع الدائن أن يطالب بتنفيذ الإلتزام عيناً أو عن طريق التعويض. كما فى حالة هلاك الشئ المودع لدى المودع لديه، بدون أجر، بسبب أجنبى، هنا ينقض إلتزام الأخير بالرد، دون أن يلتزم بالتعويض، ويتحمل الدائن تبعة الإستحالة.

## المبحث الثالث

## التقادم المقسط

### المطلب الأول

### مفهوم التقادم المسقط وأساسه

**(أ) مفهوم التقادم:**

التقادم المسقط سبب من أسباب إنقضاء الإلتزام دون الوفاء به، وهو عبارة عن إنقضاء الحق إذا مضت عليه مدة معينة دون أن يطالب به الدائن أو دون أن يستعمله صاحبه. فالتقادم يفترض مضى مدة معينة دون أن يطالب الدائن المدين بالدين عند حلول ميعاد الوفاء به. وبإنقضاء هذه المدة يستطيع المدين أن يدفع أى مطالبة للدائن بالتمسك

---

(١) إن عقد البيع ينفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه طبقاً للمادة ١٥٩ من القانون المدنى بسبب إستحالة تنفيذ إلتزام أحد المتعاقدين لسبب أجنبى، ويترتب على الإنفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، ويتحمل تبعة الإستحالة فى هذه الحالة المدين بالإلتزام الذى استحال تنفيذه عملاً بمبدأ تحمل التبعة فى العقد الملزم للجانبين (نقض ١٩٧٧/١/١١ س٢٨ ص٢١١).

بالتقادم المسقط.

### (ب) نطاق التقادم :

ويسرى التقادم المسقط بالنسبة لكل من الحقوق الشخصية والعينية، فيما عدا حق الملكية، حيث لا ينقضى هذا الحق بعدم الإستعمال[1]. أما التقادم المكسب فيرد على الحقوق العينية فقط، حيث يؤدى إلى كسب الحق العينى بالحيازة المستمرة لمدة معينة، بما فى ذلك حق الملكية. وإذا كان التقادم المسقط يفترض وضعاً سلبياً هو تقاعس الدائن عن المطالبة بحقه، فإن التقادم المكسب يقوم على موقف إيجابى من مكتسب الحق يتمثل فى الحيازة. ويقوم التقادم بنوعيه على عنصر الزمن حيث يلزم مرور مدة معينة سواء لسقوط الحق (تقادم مسقط) أو لإكتسابه (تقادم مكسب).

### (جـ) أساس التقادم :

ويتأسس التقادم المسقط على عدة إعتبارات أولها قرينة الوفاء. فسكوت الدائن مدة معينة عن المطالبة بحقه دليل على أنه قد إستوفاه، أو على أنه نزل عن الدين لصالح المدين. فمرور الزمن دون مطالبة يعد قرينة على براءة ذمة المدين عن طريق الوفاء أو عن طريق الإبراء. ولعل الإعتبار الأهم هو أن التقادم المسقط يجد أساسه فى فكرة المصلحة

---

(١) «فالحقوق العينية، كحق الإنتفاع وحق الإرتفاق، تسقط بعدم الإستعمال، أى بالتقادم المسقط، وذلك فيما عدا حق الملكية فإنه لا يسقط بعدم الإستعمال وإن كان يكسب بالتقادم، ومجرد ترك العين أو إهمالها، مهما يطل الزمن، من غير أن يتعرض لها أحد أو يغتصبها وينكر حق مالكها فيها، لا يترتب عليه البتة، لا فى الشريعة الإسلامية أوفى غيرها من الشرائع، لا سقوط حق ملكيتها ولا منع سماع الدعوى بها لو تعرض لها متعرض بعد زمن الإهمال المديد» نقض ١٨/٤/١٩٣٥ مجموعة عمر ١ ص٦٩٤، نقض ٨/٦/٢٠٠٠ الطعن ٨٢٨س٦٩ق.

العامة والنظام العام، حيث يتطلب الأمن والإستقرار الجماعى منع المطالبة بالحقوق التى يتقاعس الدائن عن المطالبة بها، رغم إستحقاقها، مدة طويلة، وذلك لوضع حد للمنازعات ومنع تراكم الديون على المدين على نحو يجاوز طاقته، وحتى لا يضطر المدين إلى الإحتفاظ بأدلة الوفاء بالدين إلى ما لا نهاية، بل يكفى أن يحتفظ بها مدة سقوط حق المطالبة. أضف إلى ذلك أن القانون يهدف إلى حماية الأوضاع التى إستقرت لمدة طويلة. ولكن تلك الاعتبارات لا تتفق مع قواعد العدالة والمثل والأخلاق، لذا فإن نظام التقادم يخالف الشريعة الإسلامية.

**(د) التقادم والسقوط :**

ويحدد المشرع أحياناً مواعيداً معينة يتعين على صاحب الشأن القيام بالعمل أو رفع الدعوى خلالها وإلا سقط حقه فى ذلك. وتسمى هذه المواعيد بمواعيد السقوط، وهى مواعيد حتمية يتعين على صاحب الشأن إستعمال الرخصة التى يخولها له القانون خلالها، وإلا سقط حقه فى ذلك. فيجب على الشخص القيام بالعمل خلال الميعاد المحدد، وإلا كان باطلاً عديم الأثر. مثال ذلك وجوب رفع دعوى الإستغلال خلال سنة، ومواعيد الأخذ بالشفعة. يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله، إذا فقده أو سرق منه، أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة. وإذا كان المقصود بالتقادم حماية الأوضاع المستقرة، فإن السقوط يرمى إلى سرعة تصفية المراكز القانونية المعلقة، لذا فإن مواعيده تسرى حتماً ولا تقبل الوقف أو الإنقطاع كما سنرى فى التقادم.

ونقصر دراستنا على التقادم المسقط بوصفه وسيلة لإنقضاء الإلتزام، ونعرض للنقاط الآتية: مدة التقادم، كيفية حسابها، وقف التقادم وإنقطاعه، إعمال التقادم وأثره.

## المطلب الثانى

## مدة التقادم

### (أ) القاعدة العامة فى التقادم :

إن الإلتزامات تتقادم، كقاعدة عامة، بمضى خمس عشرة سنة[1]. فهذه القاعدة تنطبق على جميع الحقوق إلا ما ورد بشأنها نص خاص، أى فيما عدا الإستثناءات التى سنعرض لها فيما يلى والتى تتقادم بمدة أقصر.

### (ب) التقادم الخمسى :

هناك طائفة من الحقوق تسقط بمضى خمس سنوات وهى:

١- **الحقوق الدورية المتجددة** : ويقصد بها الحقوق التى تستحق فى مواعيد دورية معينة، فهى تتكرر بإنتظام كل فترة زمنية كأسبوع أو شهر أو سنة. ويقصد بالتجدد أن يكون الحق مستمراً لا ينقطع مادام مصدره قائماً دون أن يؤدى الوفاء به إلى إنتقاص الأصل[2]، كالفوائد، أما الأقساط المؤداه من الدين المجزئ فلا تعتبر ديناً متجدداً، ذلك أن الوفاء بالقسط ينتقص من أصل الدين.

وقد أورد المشرع أمثلة للحقوق الدورية المتجددة وهى أجرة المبانى

---

(١) م٣٧٤ مدنى. مثل تقادم الدعوي عن عدم تنفيذ الالتزام، نقض ٢٠٠١/٣/٢٢ طعن١٨١٦س٦٣ق.

(٢) مناط خضوع الحق للتقادم الخمسى هو إتصافه بالدورية والتجدد أى أن يكون الحق مستحقاً فى مواعيد دورية أياً كانت مدتها، وأن يكون هذا الحق بطبيعته مستمراً لا ينقطع سواء كان ثابتاً أو تغير مقداره من وقت لآخر (نقض ١٩٧٦/١١/١٤ س٢٧ ص١٥٧٩).

والأراضى الزراعيـة[١] والفوائد والإيرادات المرتبـة كالمهايا وثمن إستهلاك المياه أو الكهرباء ودين النفقة[٢].

«ولا يقوم التقادم الخمسى على قرينة الوفاء، إنما يرجع فى أساسه إلى أن المدين يُفترض فيه أداء الديون الدورية المتجددة من إيراده، فلو أجبر على الوفاء بما تراكم من هذه الديون بعد إنقضاء خمس سنوات من تاريخ إستحقاقه، لأفضى ذلك إلى تكليفه بما قد يجاوز السعة[٣]، ولذلك جعل للمدين، تفريعاً على هذا التوجيه، أن يتمسك بإنقضاء تلك المدة، ولو بعد إقراره بوجوب الدين فى ذمته».

وقد أورد المشرع إستثناء على قاعدة التقادم الخمسى للحقوق الدورية المتجددة، مؤداه أنه «لا يسقط الريع المستحق فى ذمة الحائز سيئ النية، ولا الريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين إلا بإنقضاء خمس عشرة سنة، ذلك أن إلتزام الحائز سيئ النية برد الثمرات لا يعتبر، فى الواقع، من قبيل الديون الدورية المتجددة، فما يجنيه الغاصب من غلة العين المغصوبة مما يعتبر إلزامه برده فى مقام التعويض عن حرمان صاحبها منها، فهو دين يتقرر بذمة الغاصب فى جملته على

(١) إن الدورية والتجدد هما صفتا لاحقتان بدين الأجرة، وهما مفترضتان فيه ما بقى حافظاً لوضعه، ولو تجمد بإنتهاء مدة الإيجار وأصبح فى الواقع مبلغاً ثابتاً فى الذمة لا يدور ولا يتجدد. (نقض ١٩/٣/١٩٥٣ س٤ ص٦٧٣).

(٢) م ٣٦٥ مدنى.

(٣) إن التقادم الخمسى يقوم على إفتراض أداء المدين للديون الدورية المتجددة من إيراده، وإن تراكمها أكثر من خمس سنوات تكليف بما يجاوز السعة، وهذه القرينة لا تقبل إثبات العكس. وللخزانة العامة حق الإنتفاع بحكمها رغم ملاءتها. ومنازعة المدين فى أصل المرتب لا تمنع من سريان هذا التقادم (المحكمة الإدارية العليا ١٩/١١/١٩٥٥ المحاماة٣٦ ص١٣٢٨).

إعتباره تعويضاً لما فات الدائن من الإنتفاع، لذلك نص على أن هذا الإلتزام لا يتقادم إلا بإنقضاء خمس عشرة سنة[1]. أما بالنسبة لريع الوقف، فإن ناظر الوقف يعتبر وكيلاً عن المستحقين، فإن قبض غلة الوقف كانت أمانة تحت يده لحسابهم، وتظل تلك الغلة ملكاً للمستحق ولا يتقادم حقه، فإذا إختلطت بمال الناظر وإستهلكها بتعديه أو بتقصيره، أصبحت رأس مال واجباً في ذمته للمستحق، ومن ثم تتقادم بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات.

**٢- حقوق بعض أصحاب المهن الحرة:** تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة، والأساتذة والمعلمين، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاءً عما أدوه من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات[2].

فحقوق أصحاب المهن المذكورة فقط هي التي تتقادم بخمس سنوات، أما بالنسبة لغير هؤلاء، فلا يسقط الحق إلا بالتقادم العادي، كحق المؤلف قبل الناشر، وحق المحاسب، وحق الفنان.

وأساس التقادم الخمسي هنا هو قرينة الوفاء. مع ملاحظة أنه إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق، فلا يتقادم الحق إلا بإنقضاء خمس عشرة سنة[3].

---

(١) م ٢/٣٧٥ مدني. ونفس الحكم بالنسبة للفوائد المتجمدة في ذمة الحائز سيئ النية.

(٢) م٣٧٦ مدني.

(٣) م١/٣٧٩ مدني. إذا كان الثابت من وقائع الدعوى أن الكمبيالة المطالب بقيمتها حررت عن أجرة سنة وفوائد متجمدة صفيت، وإستبدل بها مبلغ واحد هو المبلغ الوارد بالكمبيالة. فإن هذا المبلغ يكون قد زالت عنه صفة الدورية والتجدد، فلا يسقط الحق فيه بخمس سنوات (نقض ١٩٣٤/٥/٢٧ مجموعة عمر٤ ص١٧٩).

**٣- حقوق الدولة قبل المولين (الضرائب والرسوم):** تتقادم بخمس سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة، سواء كانت دورية كضريبة كسب العمل وعوائد الأملاك، أو غير دورية، كضريبة التركات. وقد كانت هذه المدة، ثلاث سنوات، ولكنها أصبحت خمس سنوات[١].

ويبدأ سريان التقادم فى الضرائب والرسوم من نهاية السنة التى تستحق عنها، وفى الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ إنتهاء المرافعة فى الدعوى التى حررت فى شأنها هذه الأوراق، أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل مرافعة.

ويتقادم بثلاث سنوات الحق فى المطالبة برد هذه الرسوم والضرائب التى دفعت بغير حق، ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها.

ولا تخل الأحكام السابقة بأحكام النصوص الواردة فى القوانين الخاصة.

**٤- الحقوق التجارية:** إن «كل دعوى متعلقة بالكمبيالات أو بالسندات التى تحت إذن وتعتبر عملاً تجارياً أو بالسندات التى لحاملها أو بالأوراق المتضمنة أمراً بالدفع أو بالحوالات الواجبة الدفع بمجرد الإطلاع عليها وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية[٢]، يسقط

---

(١) م٣٧٧ مدنى. القانون ١٩٥٣/٦٤٦ .

(٢) م١٩٤ تجارى. المقصود بالأوراق التجارية المشار إليها فى المادة ١٩٤ من قانون التجارة والتى تخضع للتقادم الخمسى، هى الأوراق المحررة لأعمال تجارية والتى من خصائصها صلاحيتها للتداول بإشتمالها على البيانات الإلزامية التى يتطلبها القانون ومن بينها شرط الإذن وميعاد الإستحقاق، فإذا خلت الورقة من بيان منها أو من سائر البيانات الجوهرية الأخرى فإنها تعد من الأوراق التجارية التى عنتها المادة ١٩٤ المشار إليها والتى يخضع الحق الثابت فيها للتقادم الصرفى (نقض ١٩٧٧/٢/٢٨ س٢٨ ص٥٨١).

الحق فى إقامتها بمضى خمس سنوات إعتباراً من اليوم التالى ليوم حلول ميعاد الدفع أو من يوم عمل البروتستو أو من يوم آخر مرافعة بالمحكمة إن لم يكن صدر حكم أو لم يحصل إعتراف بالدين بسند منفرد[1]، وإنما على المدعى عليهم تأييد براءة ذمتهم بحلفهم اليمين على أنه لم يكن فى ذمتهم شئ من الدين إذا دُعوا للحلف. وعلى من يقوم مقامهم أو ورثتهم أن يحلفوا يميناً على أنهم معتقدون حقيقة أنه لم يبق شئ مستحق من الدين[2].

ومن المقرر أيضاً أن «كل ما نشأ عن أعمال الشركة من الدعاوى على الشركاء غير المأمورين بتصفية الشركة، أو على القائمين مقامهم، يسقط الحق فى إقامته بمضى خمس سنين من تاريخ إنتهاء مدة الشركة، إذا كانت المشارطة المبينة فيها مدتها أعلنت بالكيفية المقررة قانوناً، أو من تاريخ إعلان الإتفاق المتضمن فسخ الشركة. وتتبع فى ذلك القواعد

---

(١) إن التقادم الخمسى المنصوص عليه يقوم على قرينة قانونية هى أن المدين أوفى بما تعهد به، ويشترط لقيام هذه القرينة ألا يصدر من المدين ما يستخلص منه أن ذمته لاتزال مشغولة بالدين، كأن يعترف صراحة أو ضمناً بأنه لم يسبق له الوفاء بالدين، أن تمسك المدين ببطلان إلتزامه لعدم مشروعية سببه يتضمن إقراراً منه بعدم وفائه بهذا الدين ومن ثم فإنه لا يجوز له بعد إبداء هذا الدفاع أن يدفع بسقوط حق الدائن فى المطالبة بالتقادم الخمسى المنصوص عليه فى المادة ١٩٤ من قانون التجارة (نقض ١٩٦٩/٤/٢٤ س٢٠ ص٦٨٥).

(٢) اليمين التى أجازت المادة ١٩٤ من قانون التجارة توجيهها من الدائن بدين صرفى إلى المدين المتمسك بالتقادم هى يمين حاسمة شرعت لمصلحة الدائن لتأييد القرينة القانونية التى يرتكز عليها التقادم الخمسى المنصوص عليه فى هذه المادة وهى حصول الوفاء المستمد من مضى مدة التقادم فإذا لم يطلب الدائن توجيهها فليس للمحكمة أن توجهها من تلقاء نفسها ولا عليها إن قضت بسقوط الدين بالتقادم الخمسى (نقض ١٩٧٧/٥/٢٠ س٢٨ ص١٣٢٣).

العمومية المقررة لسقوط الحق بمضى المدة، مع مراعاة القواعد المقررة لإنقطاعها»[1].

### (جـ) التقادم الثلاثى :

يتقادم بثلاث سنوات ما يستحق للأفراد قبل الدولة، فمن المقرر أنه يتقادم بثلاث سنوات الحق فى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دُفعت بغير حق. ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها[2].

وهناك حالات أخرى لتقادم الحقوق بثلاث سنوات، نص عليها المشرع فى مواضع متفرقة: مثل سقوط الحق فى إبطال العقد بثلاث سنوات من يوم زوال سبب نقص الأهلية أو تكشف عيب الإرادة كالغلط أو التدليس، ويسقط الحق فى التعويض عن العمل غير المشروع بثلاث سنوات من يوم علم المضرور بحدوث الضرر وبالمسؤول عنه. وكذلك الحال بالنسبة لدعاوى: التعويض عن الإثراء بلا سبب، وإسترداد ما دفع بغير حق، الفضالة، عدم نفاذ التصرف[3].

### (د) التقادم الحولى :

تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية :

١- حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون فى هذه الأشياء.

٢- حقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام

---

(١) م٦٥ تجارى.

(٢) م٣٨٧/٢ مدنى.

(٣) م١٤٠، ١٧٢، ١٨٠، ١٨٧، ١٩٧، ٢٤٣ مدنى. نقض٢٠٠٠/٢/٢٢ طعن٩٤٦س٦٢ق(التعويض).

وكل ما صرفوه لحساب عملائهم.

٣- حقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات.

وإذا حرر سند بحق من الحقوق المذكورة فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة.

ويقوم التقادم الحولي، في هذه الحالات، على قرينة الوفاء. **فالقانون يفترض أن صاحب الحق قد تقاضى حقه خلال سنة**، طبقاً لما هو مألوف في التعامل، خاصة وأن هذه الحقوق تعد مورد رزق لأصحابها، ولكن هذه القرينة ضعيفة، ويترتب على ذلك:

**أولاً:** يجب على من يتمسك بأن الحق قد سقط بالتقادم الحولي أن يحلف اليمين على أنه قد أوفى الدين فعلاً[1]. وهذه اليمين يوجهها القاضي من تلقاء نفسه، أي بغير طلب من الدائن. فإن نكل المدين عن الحلف، حكم عليه بالدين، ولا يتقادم هذا الدين بعد ذلك إلا بمرور خمس عشرة سنة من وقت الحكم. وتوجه اليمين إلى ورثة المدين أو

---

(١) التقادم الحولي المنصوص عليه في المادة ٣٧٨ من القانون المدني يقوم على قرينة الوفاء، وهي «مظنة» رأى الشارع توثيقها بيمين المدعى عليه - هي يمين الإستيثاق- وأوجب على من يتمسك بأن الحق تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلاً، بينما لا يقوم التقادم الخمسي على تلك القرينة (نقض ١٩٧٤/٥/٢٥ س٢٥ ص٩٣٥).

التقادم المنصوص عليه في المادة ٣٧٨ من القانون المدني- وهو يقتصر على حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون فيها وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم وحقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثم ما قاموا به من توريدات يقوم على قرينة الوفاء، وهي مظنة رأى الشارع توثيقها بيمين المدعى عليه، وأوجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلاً.

أوصيائهم، إن كانوا قصرا، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء، وتسمى هذه اليمين بيمين الإستيثاق.

**ثانياً:** لا يستطيع المدين التمسك بالتقادم المسقط إذا أقر بوجود الدين أو بعدم الوفاء، أو تمسك بدفع يتعارض مع قرينة الوفاء، كما لو بدأ بإنكار مديونيته.

## المطلب الثالث

## حساب مدة التقادم

### (أ) كيفية حساب مدة التقادم :

«تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات ولا يحسب اليوم الأول وتكمل المدة بإنقضاء آخر يوم منها»[(١)].

يتضح من ذلك أن «مدة التقادم، أياً كانت، تحتسب بالأيام لا بالساعات. ويتفرع على ذلك أن اليوم الأول لا يدخل فى الحساب، فى حين يدخل فيه ما يعرض خلال هذه المدة من أيام المواسم والأعياد. وينبغى لإستكمال مدة التقادم أن ينقضى آخر يوم فيها. ولذلك يقع صحيحاً ما يتخذ من الإجراءات بشأن التقادم فى هذا اليوم، كإجراءات قطع المدة مثلاً. وإذا وقع آخر أيام المدة فى عطلة أو عيد أو موسم لا يتيسر إتخاذ الإجراءات فى خلالها، كان ذلك من قبيل القوة القاهرة، ووقف سريان التقادم».

### (ب) بدء سريان التقادم :

هناك قاعدة عامة ترد عليها بعض الإستثناءات، هذا بالإضافة

---

(١) م٣٨٠ مدنى. السنهورى ١٠٥٥

إلى بعض التطبيقات الخاصة[1]:

**أولاً: القاعدة العامة:** لا يبدأ سريان التقادم إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء، فهذا هو الوقت الذى يستطيع فيه الدائن التحرك للمطالبة بحقه، إذ لا يمكنه المطالبة بالدين قبل إستحقاقه. والأصل أنه يجب الوفاء بالإلتزام فوراً بمجرد ترتيبه نهائياً فى ذمة المدين ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضى بغير ذلك. وعلى ذلك فإن التقادم يبدأ فى السريان منذ هذا الوقت.

**ثانياً: الإستثناءات:** ولكن القاعدة السابقة ترد عليها بعض الإستثناءات، حيث لا يعمل بهذه القاعدة فى الحالات التى يرد فيها نص خاص يحدد لبدء سريان التقادم وقتاً آخر. مثال ذلك دعاوى إبطال العقد لنقص الأهلية أو لتعيب الإرادة، لا يبدأ تقادمها إلا من اليوم الذى يزول فيه نقص الأهلية، أو ينكشف فيه الغلط أو التدليس، أو ينقطع فيه الإكراه. ولا يسرى التقادم الثلاثى الخاص بالإلتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو دفع غير المستحق، أو الفضالة، إلا من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بالدين وبالشخص المسؤول عنه[2].

---

(١) تنص المادة ٣٨١ مدنى على أنه «١- لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء. ٢- وبخاصة لا يسرى التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من الوقت الذى يتحقق فيه هذا الشرط، وبالنسبة إلى ضمان الإستحقاق إلا من الوقت الذى يثبت فيه الإستحقاق، وبالنسبة إلى الدين المؤجل إلا من الوقت الذى ينقضى فيه الأجل. ٣- وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن، سرى التقادم من الوقت الذى يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته».

(٢) ومثال ذلك أيضاً: يسرى التقادم فى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير =

**ثالثاً: تطبيقات خاصة:** أورد المشرع بعض التطبيقات الخاصة للقواعد السابقة وهى:

١- بالنسبة لحقوق ذوى المهن الحرة والتجار والصناع، وأصحاب الفنادق والمطاعم، والعمال والخدم، والأجراء، يبدأ سريان التقادم من الوقت الذى يتم فيه الدائنون تقدماتهم، ولو إستمروا يؤدون تقدمات أخرى[1]. فهذه الديون تترتب على عقود تقتضى نشاطاً مستمراً أو متجدداً. كخدمات الأجراء وعمل من يزاولون المهن الحرة وتوريد البضائع وما إلى ذلك. وكل دين من هذه الديون يعتبر قائماً بذاته رغم إستمرار نشاط الدائن وتجدده، ويسرى تقادمه متى إكتملت ذاتيته وأصبح مستحق الأداء. ويستحق مثلاً، ما يورده التاجر عادة لعميله كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر وفقاً للعرف الجارى. وإذا قام طبيب بعلاج مريضين فى أسرة واحدة على التوالى، ترتب له دينان قائمان بذاتهما.

---

= حق من يوم دفعها. وبالنسبة للضرائب والرسوم السنوية، من نهاية السنة التى تستحق عنها وفى الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية، تسرى المدة من تاريخ إنتهاء المرافعة فى الدعوى التى حررت فى شأنها هذه الأوراق أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل مرافعة (م٣٧٧).

(١) م١/٣٧٩ مدنى. حدد المشرع فى المادة ٣٧٦ من القانون المدنى مدة تقادم حقوق أصحاب المهن الحرة ومنهم المحامون بخمس سنوات، ثم نص ف يالمادة ٣٧٩ على أن يبدأ سريان التقادم فى الحقوق المشار إليها من الوقت الذى يتم فيه الدائنون خدماتهم ولو إستمروا يؤدون خدمات أخرى، وعلة ذلك على ما جاء بالأعمال التحضيرية أن الديون التى يرد عليها التقادم المذكورة تترتب فى الغالب على عقود تقتضى نشاطاً مستمراً أو متجدداً يجعل كل دين منها قائماً بذاته رغم إستمرار نشاط الدائن وتجدده، فيسقط بإنقضاء مدة التقادم متى إكتملت ذاتيته، وأصبح مستحق الأداء، وذلك ما لم يثبت قيام إرتباط بينها يجعلها كلاً غير قابل للتجزئة (نقض ١٩٧٣/٦/٢٨ س٢٤ ص٩٨٨).

ولكن تكرار العيادة لأحد المريضين يعتبر كلاً لا يتجزأ، ولا يصبح الدين الواجب بسببه مستحق الأداء إلا بعد إنتهاء هذه العيادة.

٢- إذا كان الإلتزام معلقاً على شرط واقف، أو مضافاً إلى أجل واقف، فإن تقادمه لا يسرى إلا من الوقت الذى يتحقق فيه الشرط[١]، وينقضى فيه الأجل، فهذا هو الوقت الذى يعتبر فيه مستحق الأداء، أما بالنسبة للإلتزام المعلق على شرط فاسخ أو المقترن بأجل فاسخ فيكون مستحق الأداء منذ نشوئه، ويبدأ سريان تقادمه من هذا الوقت.

٣- وإذا كان تحديد الأجل موكولاً إلى القاضى، كما فى حالة الإتفاق على أن يكون الدفع عند المقدرة، فإن التقادم لا يسرى إلا بعد أن يحدد القاضى الأجل، وتنقضى المدة المحددة. وإذا كان الإلتزام إحتمالياً لم تكتمل عناصر وجوده، فإن تقادمه لا يسرى إلا بعد أن يصبح إلتزاماً محققاً. مثال ذلك الإلتزام بالرصيد فى الحساب الجارى لا يبدأ تقادمه إلا من تاريخ ترصيده. والإلتزام بالتعويض عن العمل غير المشروع لا يبدأ تقادمه إلا من وقت تحقق الضرر. وأخيراً يسرى التقادم فى الديون الدورية، كالفوائد وأقساط الديون، من تاريخ إستحقاق كل دين منها بذاته.

٤- وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن، كما هو الشأن فى سند مستحق الوفاء عند الإطلاع، أو عند الطلب، فإن تقادمه يسرى من اليوم الذى يتمكن فيه الدائن من الإفصاح عن هذه

---

(١) لا يبدأ سريان التقادم المسقط إلا من الوقت الذى يصبح فيه الدين مستحق، مما يستتبع أن التقادم، لا يسرى بالنسبة إلى الالتزام المعلق على شرط واقف إلا من وقت تحقق هذا الشرط (نقض ١٩٧٢/٢/٢٩ س٢٣ص٢٦١).

الإرادة، أى من يوم إنشاء الإلتزام ما لم يقم الدليل على أنه لم يكن فى إستطاعته أن يطالب بالدين إلا فى تاريخ لاحق.

٥- يضمن البائع للمشترى التعرض والإستحقاق والعيوب الخفية. يبدأ سريان التقادم بالنسبة لضمان التعرض من وقت حصول التعرض، وبالنسبة للعيب الخفى من وقت تسليم المبيع إلى المشترى. أما عن ضمان الإستحقاق، فيقصد به ثبوت ملكية كل أو بعض المبيع لشخص من الغير، ويقوم بإسترداده، أو يثبت له حق عينى عليه. ونظراً لأن ضمان الإستحقاق إلتزام شرطى، يتوقف وجوده على نجاح المتعرض فى دعواه، فإن التقادم بالنسبة له لا يسرى إلا من وقت ثبوت الإستحقاق بالحكم النهائى.

## المطلب الرابع

## وقف التقادم

### (أ) المقصود بوقف التقادم:

قد تعرض أمور معينة تجعل من المتعذر على الدائن أن يطالب بحقه، فهنا يقف سريان مدة التقادم طالما وجد المانع. وإذا زال المانع عاد سريان التقادم من جديد. ولكن لا تحسب فيه المدة التى كان موقوفاً فيها. وتضم المدة السابقة على الوقف إلى المدة اللاحقة له، ويترتب على ذلك إمتداد مدة التقادم بالقدر الذى وقف فيه سريانه(١).

---

(١) تنص المادة ٣٨٢ مدنى على أنه «١- لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان مانعًا أدبيًا. وكذلك لا يسرى التقادم فيما بين الأصيل والنائب. ٢- ولا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثله قانونًا».

## (ب) أسباب وقف التقادم :

ترجع أسباب وقف التقادم إلى فكرة واحدة هى تعذر مطالبة الدائن بحقه سواء لوجود مانع مادى أو قانونى أو أدبى أو لنقص أهليته:

١- يقف سريان التقادم إذا وجد مانع مادى يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه. مثال ذلك قيام حرب أو ثورة أو وجود فيضان على نحو تنقطع معه المواصلات ويتوقف العمل القضائى، فيتعذر على الدائن أن يطالب بحقه، فيقف التقادم، أياً كانت مدته، إلى حين زوال المانع.

٢- ويقف سريان التقادم إذا وجد مانع قانونى يحول دون مطالبة الدائن بحقه، أو يجعل هذه المطالبة أمراً متعذراً[١]. مثال ذلك إتحاد ذمة الدائن والمدين، ثم يزول السبب الذى أدى إلى إتحاد الذمة بأثر رجعى، فى هذه الحالة، لا تدخل فترة إتحاد الذمة فى حساب مدة التقادم، حيث يقف سريانه خلال هذه الفترة لإستحالة مطالبة الدائن لنفسه. وكذلك الحال إذا وجدت علاقة قانونية خاصة بين الدائن والمدين. مثال ذلك العلاقة بين الأصيل والنائب، والوكيل بالموكل[٢]، المحجور

---

(١) مثال ذلك النزاع على عقد أمام القضاء، فإذا باع المدين الدائن عيناً أداء لدينه ثم حكم ببطلان هذا البيع، فإن تقادم الدين يقف إلى حين صدور الحكم بالبطلان. وإذا أقر البائع (المدين) للمشترى (الدائن) بإجازة البيع بعد ذلك ثم قضى ببطلان هذه الإجازة، فهذه الإجازة توقف التقادم إلى أن يقضى ببطلانها (نقض ١٩٤٦/٢/٣ مجموعة عمر ٥ ص٣٧). والنزاع على عقد أمام القضاء من شأنه وقف سريان التقادم فى حق الالتزامات المترتبة على هذا العقد (نقض ١٩٥٣/١/٢٢ س٤ ص٣٧٥).

(٢) إذا قررت المحكمة أن قيام النزاع بين الموكل والوكيل على عنصر من عناصر الحساب بينهما لا يعتبر عائقًا يمنع من المطالبة بتقديم الحساب ويقف مدة تقادم دعوى طلبه، واستدلت على ذلك بأن الوكيل سبق له تقديم الحساب فى قضية أخرى عن مدة سابقة =

عليه ونائبه القانونى، الشخصى المعنوى والمدير. فى مثل هذه الحالات يقف سريان التقادم بالنسبة للحقوق الناتجة عن العلاقة، مادامت هذه العلاقة قائمة. فمن الأفضل إنتظار التصفية بين الطرفين. أضف إلى ذلك أنه من المتعذر مطالبة الدائن للمدين خلال الفترة التى توجد علاقة بينهما مبناها الثقة والإئتمان.

٣- ويقف سريان التقادم إذا وجد مانع أدبى يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه، مثال ذلك علاقة الزوجية[١]، وعلاقة القرابة أياً كانت كالأخوة أو البنوة والعمومة...، وعلاقة الخادم بالمخدوم.

وفى كل الحالات السابقة يترك لقاضى الموضوع تقدير ما إذا كان هناك مانع (مادى أو قانونى أو أدبى) يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه أم لا. فتلك مسألة واقع لا معقب عليه فيها لمحكمة النقض[٢]. أضف إلى ذلك أن كل الموانع السابقة تؤدى إلى وقف سريان التقادم أياً كانت مدته.

---

= قبل تصفية ذلك النزاع، فلا يكون حكمها مخالفًا للقانون (نقض ١٩٤٨/١٠/٢١ مجموعة عمر ٥ ص٦٤٥). مؤدى ذلك أن قيام النزاع بين الموكل والوكيل يترتب عليه عدم وجود مانع بينهما يؤدى إلى وقف التقادم.

(١) إن اعتبار علاقة الزوجية مانعة من المطالبة بالحق أو غير مانعة من الأمور الموضوعية التى تختلف فى الدعاوى بحسب ظروفها. والقضاء فيه لا يخضع لرقابة محكمة النقض (نقض ١٩٤٠/١/١١ مجموعة أحكام النقض، جـ٣ص٤٧).

(٢) تقدير قيام المانع من المطالبة بالحق والذى يعتبر سببًا لوقف سريان التقادم طبقًا للفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ من القانون المدنى، هو من المسائل الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع بغير معقب متى كان ذلك مبنيًا على أسباب سائغة (نقض٢٠٠١/٦/١٧ طعن١٤٩٥س٥٩ق)، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد أسس ما ارتأه من وقف تقادم دعوى التعويض عن الاعتقال دون سبب- فى الفترة من تاريخ الإفراج عن المطعون عليه فى ١٩٦٦/٦/١ حتى ثورة التصحيح فى ١٩٧١/٥/١٥ على أسباب سائغة تؤدى إلى ما رتبه الحكم عليه فإنه يكون صحيحاً. =

٤- يقف سريان التقادم إذا كان الدائن ناقص أو عديم الأهلية أو غائباً أو محكوماً عليه بعقوبة جناية، ولم يكن له نائب قانونى يمثله. ويظل التقادم موقوفاً حتى يزول سبب نقص الأهلية أو الحجر، أو يعين له نائب قانونى يمثله.

ويقتصر هذا المانع على التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات، أى أن التقادم لا يقف، فى هذه الحالة، إلا إذا كانت مدته خمس عشرة سنة. ولا يطبق على التقادم الذى تكون مدته خمس سنوات أو أقل «فالواقع أن الغرض من التقادم الخمسى هو درء خطر تراكم الديون الدورية المتجددة، وليس يتأثر هذا الغرض بما يتصل بشخص الدائن من أوصاف ولو كان القصر من بينها. ثم إن ما يسقط من الحقوق بإنقضاء خمس سنوات يتهافت تهافتاً يمتنع معه التسليم بوقف سريان المدة. أما التقادم الحولى فقد بنى على قرينة الوفاء، وهى تظل سليمة الدلالة ولو كان الدائن قاصراً».

---

= (نقض١٥/٢/١٩٧٩ س٩-٥٣٠). المانع الذى يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه، ويكون ناشئاً عن تقصير لا يوقف سريان التقادم، وإذ كان الحكم قد خلص إلى أنه وإن كانت الخطابات المرسلة إلى العامل بإنذاره بالعودة للعمل ثم إخطاره بالفصل قد وردت إلى الشركة لأن الطاعن العامل عزل من سكنه ولم يترك عنوانه، إلا أن الطاعن هو الذى تسبب بخطئه فى عدم العلم بمضمون هذه الخطابات، لأنه ترك مسكنه الذى أبلغ به الشركة، وغادر البلاد، دون أن يخطرها كتابة بتغييره إلا بعد فسخ العقد، وإذا عمل الحكم الأثر القانونى لهذه الإخطارات ورتب على ذلك عدم وقف التقادم المنصوص عليه فى المادة ٦٩٨ من القانون المدنى، فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً (نقض ١٩/١/١٩٧٢ س٢٣ ص٦٧).

الجهل بالحق فى إسترداد ما دفع بغير حق لا يمنع من سريان التقادم ومن ثم فإن هذا الجهل لا يمكن أن يكون من الموانع التى يترتب عليها وقف التقادم بعد سريانه طبقاً للمادة ٢٨٢ من القانون المدنى (نقض ٢٤/٢/١٩٦٦ س١٧ ص٤٢٥).

ومن جهة أخرى، فإن التقادم لا يقف على وجه الإطلاق لمصلحة عديمي الأهلية وناقصيها والغائب والمحكوم عليه بعقوبة جناية متى كان لهم من ينوب عنهم قانوناً، ذلك أن النائب يحل محل الأصيل، فيتعين عليه أن يتولى أمر المطالبة عنه، فإذا لم يفعل كان مسؤولاً عن ذلك. أما إذا لم يكن لأى من هؤلاء من ينوب عنه، فعندئذ يقف سريان مدة التقادم بالنسبة له[1].

## المطلب الخامس

## إنقطاع التقادم

### (أ) المقصود بإنقطاع التقادم :

إذا كان وقف التقادم لا يمنع من إحتساب المدة السابقة على الوقف، فإن قطع التقادم يؤدى إلى زوال تلك المدة، بحيث يبدأ سريان تقادم جديد، لا تحتسب فيه المدة السابقة، بعد إنتهاء الأثر الذى ترتب عليه الإنقطاع. فالتقادم ينقطع بإجراء معين يقوم به الدائن، أو بإقرار يصدر من المدين بوجود الحق. ويترتب على ذلك زوال المدة السابق سريانها وإعتبارها كأن لم تكن، وتبدأ مدة تقادم جديدة كاملة.

---

(١) إذا كان يبين من الأوراق أن الطاعنة لم تتمسك أمام محكمة الموضوع بأن تقادم دعوى البطلان قد أوقف بالنسبة لولديها القاصرين فى الفترة بين وفاة مورثهما حتى تعيينها وصية عليهما عملاً بما تقضى به المادة ١/٢٨٢ من القانون المدنى من أن التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات لا يسرى فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً، وكان هذا الدفاع يقوم على أمور واقعية يتعين طرحها على محكمة الموضوع لتقول كلمتها فيها هى تحديد الفترة التى تفصل بين وفاة المورث وتعيين الطاعنة وصية على ولديها القاصرين وما إذا كانت هذه الفترة قد إنقضت دون تعيين نائب آخر عنهما فإن هذا الدفاع يكون سبباً جديداً لا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض (نقض ١٩٧٥/١١/٢٥ س٢٦ ص١٤٧٧).

## (ب) أسباب إنقطاع التقادم :

إن أسباب قطع التقادم إما أن تصدر من الدائن، وإما أن تصدر من المدين[١].

### الفرع الأول
### أسباب إنقطاع التقادم من جانب الدائن

**١- المطالبة القضائية :** ينقطع التقادم إذا قام الدائن بمطالبة المدين قضائياً، أى أقام الدعوى بالحق أمام القضاء. وتعتبر الدعوى مرفوعة منذ لحظة إيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة، ولا ينقطع التقادم إلا بصحيفة دعوى صحيحة، أما إن كانت باطلة فلا يترتب عليها أى أثر.

وقد يرفع الدائن دعوى مبتدأة على المدين للمطالبة بحقه، وقد يتدخل فى دعوى أخرى يكون المدين خصماً فيها. المهم أن تكون المطالبة بالحق بين الطرفين. أما الدعوى التى يرفعها المدين نفسه لإثبات براءة ذمته[٢]، أو لإبطال سند فلا يترتب عليها قطع التقادم.

(١) تنص المادة ٣٨٣ مدنى على أنه «ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة، وبالتنبيه، وبالحجز، وبالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس أو فى توزيع، وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى».

وتنص المادة ٣٨٤ مدنى على أن «١- ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمنياً. ٢- ويعتبر إقراراً ضمنياً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالاً له مرهوناً رهناً حيازياً تأميناً لوفاء الدين».

(٢) نقض ١٩٤٦/١/١٣ مجموعة عمر٥ ص٠٥ .

إن الشارع قد إشترط أن يتوافر فى الورقة التى تقطع مدة التقادم معنى الطلب الواقع فعلاً للمحكمة بالحق الذى يراد إسترداده فى التقادم أو بالحق الذى يراد إقتضاؤه فى =

ولا يكفى لقطع التقادم مجرد المطالبة الودية ولو بكتاب مسجل[1]. وليس يكفى مجرد الإنذار لترتيب ذلك الأثر ولو تولى إعلانه أحد المحضرين،ولا يكفى مجرد إتخاذ الإجراءات التحفظية كوضع الأختام، أو قيد الرهن. ولا يكفى المطالبة القضائية أمام قاضى الأمور المستعجلة، لأن هذه المطالبة تقتصر على الإجراءات الوقتية ولا تمس موضوع الحق.

وينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت إلى محكمة غير مختصة، ويستوى فى ذلك الإختصاص النوعى والمحلى، والسبب فى ذلك أن قواعد الإختصاص كثيراً ما تثير اللبس لوقتها، أضف إلى ذلك أن مجرد رفع الدعوى يعرب عن نية الدائن القاطعة فى إقتضاء حقه،

---

= التقادم المبرئ من الدين، ولهذا لا تعتبر صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما قاطعة إلا فى خصوص هذا الحق أو ما إلتحق به من توابعه، فالدعوى التى يرفعها المدين على دائنه ببراءة ذمته من الدين لا تقطع مدة التقادم المبرئ من الدين.

(1) نص المادة ٢/٣ من القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ بشأن تقادم الضرائب والرسوم أضاف إلى أسباب قطع التقادم الواردة فى القانون المدنى سبباً جديداً هو توجيه الممول إلى المصلحة المدنية كتاب موصى عليه مع علم الوصول يطالبها فيه برد ما حصلته منه بغير حق، والغرض من إشتراط أن يكون هذا الكتاب موصى عليه، إنما هو ضمان وصول الطلب إلى الجهة المدينة وأن يكون علم الوصول هو سبيل إثباته عند الإنكار. وكل ورقة تصدر من الجهة المدينة وتدل على وصول كتاب المطالبة إليها تتحقق بها الغاية من علم الوصول ويكون فيها الغناء عنه مما يعتبر معه المطالبة فى هذه الصورة تنبيهاً قاطعاً للتقادم (نقض ١٩٧٠/١/٢٣ س٢١ ص ١٩٠). أن المقصود من الإخطار القاطع للتقادم هو الذى تتمسك فيه مصلحة الضرائب بحقها فى دين الضريبة وأن الإقرار القاطع له هو الذى يقر فيه الممول صراحة أو ضمناً بأن دين الضريبة لا يزال فى ذمته، وإن كان ذلك، وكان مجرد إستدعاء الممول أو وكيله للمناقشة لا ينطوى على تمسك مصلحة الضرائب بحقها فى دين الضريبة، فإنه لا يكون قاطعاً للتقادم فى مفهوم المادة ١/٣ من القانون ١٩٥٣/٦٤٦ (نقض ١٩٨٠/٣/٤ س٣١ ص٧١٥).

ويظل التقادم منقطعاً طوال المدة التى تستغرقها الدعوى المقامة ثم يبدأ تقادم جديد من يوم صدور الحكم النهائى بعدم الإختصاص له صفات التقادم الذى قطع ويبقى خاضعاً لنفس القواعد التى تحكمه[١].

وإذا ترك الدائن الخصومة أو حكم بسقوطها، ترتب على ذلك إلغاء صحيفة الدعوى وجميع إجراءات الخصومة، ويعتبر إنقطاع التقادم كأن لم يكن، ويظل التقادم مستمراً فى السريان. وكذلك الحال إذا حكم برفض الدعوى، فإن هذا الرفض يزيل أثرها فى قطع التقادم، ويعتبر الإنقطاع كأن لم يكن، والتقادم الذى كان قد بدأ قبل رفعها مستمراً فى سريانه[٢].

**٢- التنبيه:** ينقطع التقادم بالتنبيه، ويقصد به «تكليف المدين على يد محضر بأداء ما هو مطلوب منه، وإنذاره بإجراء التنفيذ الجبرى إذا لم يقم بأدائه. والتنبيه بإعتباره من مقدمات التنفيذ لا يكون إلا بناء على سند تنفيذى[٣] لحكم أو عقد رسمى». ولا ينقطع التقادم إلا

---

(١) نقض ١٣/١٢/١٩٤٥ مجموعة عمر٥ ص١٣ .

(٢) نقض ٢٦/٤/١٩٦٢ س١٣ ص٥٠٦ . وشطب الدعوي لا يفقد أثرها في قطع التقادم، (نقض١٣/٥/٢٠٠١طعن٣٨٤٣ س٦٩ق)، ولا يترتب على صحيفة الدعوى قطع التقادم إذا رفعت من غير ذى صفة فى رفعها (نقض ١٩/٤/ ١٩٣٠ المحاماة س١٠ ص٨٣٤).

(٣) التقادم وفقاً لنص المادة ٩٨٣ من القانون المدنى لا ينقطع إلا بالمطالبة القضائية أو بالتنبيه أو بالحجز، والتكليف بالوفاء السابق على طلب أمر الأداء لا يعتبر تنبيهاً قاطعاً للتقادم وإنما هو مجرد إنذار بالدفع لا يكفى لترتيب هذا الأثر، إذ المقصود بالتنبيه الذى يقطع التقادم هو التنبيه المنصوص عليه فى المادة ٤٦٠ من قانون المرافعات السابق وفى المادة ٢٨١ من قانون المرافعات القائم. والذى يوجب المشرع إشتماله على إعلان المدين بالسند التنفيذى مع تكليفه بالوفاء بالدين (نقض ٢٧/٤/١٩٧٨ س٢٩ ص١٠١٥).

إذا كان كل من التنبيه والسند التنفيذى الذى يستند إليه صحيحاً. ويقطع التنبيه التقادم ولو لم يعقبه حجز أو أعقبه حجز غير صحيح.

«ويقوم مقام التنبيه فى قطع التقادم الإنذار الذى يوجهه الدائن المرتهن لحائز العقار المرهون بالدفع أو التخلية..، فهو من مقدمات التنفيذ، والسند الذى يجرى التنفيذ بموجبه هو عقد الرهن الرسمى».

**٣- الحجـز:** ينقطع التقادم بالحجز، سواء أكان حجزاً تنفيذياً كالحجز على العقار أو المنقول، أو حجزاً تحفظياً كالحجز تحت يد المدين. ويؤدى الحجز التحفظى إلى قطع التقادم من يوم توقيعه، أما الحجز التنفيذى فيسبقه تنبيه هو بدوره قاطع للتقادم.

٤- ينقطع التقادم بالطلب الذى يقدمه الدائن لقبول حقه فى تفليسة المدين، إذ أنه فى حالة إفلاس المدين، يجب على كل دائن، ولو كان ممتازاً، التقدم بسند دينه فى إجراءات التفليسة الجماعية.

وينقطع التقادم أيضاً بالطلب الذى يقدمه الدائن لقبول حقه فى توزيع أموال المدين، أى للإشتراك فى توزيع حصيلة التنفيذ على أموال المدين، سواء تم التقسيم بين الدائنين بالمحاصة (قسمة غرماء) أو بحسب درجات الدائنين.

٥- وأخيراً ينقطع التقادم بأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى، كتقدمه بطلب عارض بحقه فى دعوى مرفوعة عليه، أو تدخله فى دعوى، بين المدين وشخص آخر، للمطالبة بحقه. «فمواجهة الخصم لخصمه، فى مرافعته ومذكراته، بدينه بإعتباره مستحق الأداء تعتبر قاطعة لمدة التقادم بشرط أن تكون مصحوبة بإلزام المدين بالدين سواء أكان ذلك فى صحيفة الدعوى أو فى المرافعة أو فى

المذكرات، ولكنها لا تقطع التقادم إذا كانت المواجهة لمجرد الإستدلال بها على أمر آخر لإستكمال أسباب الدفاع فى دعوى أخرى».

«وعلى نقيض ذلك لا يعتبر التكليف بالحضور أمام لجنة المعافاة القضائية[1]، ولاقرار هذه اللجنة، ولا التكليف بالحضور أمام القاضى المستعجل لإتخاذ إجراء وقتى، سبباً فى قطع التقادم».

## الفرع الثاني

## أسباب إنقطاع التقادم من جانب المدين

ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمنياً، لأن هذا الإقرار يعتبر بمثابة نزول عن مدة التقادم التى مضت. لذا يكفى أن تتوافر فى المدين أهلية الإدارة وليس أهلية التصرف، والإقرار تصرف قانونى صادر من جانب المدين دون حاجة إلى قبول الدائن، ولا يشترط فيه شكل خاص، فقد يكون مكتوباً أو غير مكتوب، ويخضع فى إثباته للقواعد العامة. ويقع على الدائن عبء الإثبات.

والإقرار قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً، ويستخلص من أى عمل. مثال ذلك قيام المدين بدفع فوائد الدين أو جزء منه أو طلب مهلة

---

(١) تقديم طلب تقدير الأتعاب إلى مجلس نقابة المحامين من المحامى أو الموكل عند الخلاف بينهما على قيمتها فى حالة عدم وجود إتفاق كتابى عليها هو إعلان بخصومة تترتب عليه آثار المطالبة القضائية ومنها قطع التقادم فى مفهوم المادة ٣٨٣ من القانون المدنى وإن خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر مهدرا الأثر القانونى المترتب على تقديم الطلب بتقدير الأتعاب إلى نقابة المحامين فى قطع التقادم المنصوص عليه فى المادة ٣٧٦ من القانون المدنى فإنه يكون قد خالف القانون (نقض ٤/١/١٩٦٦ س١٧ ص٣٧).

للسداد أو التمسك بمقاصته فى دين مقابل[1]، ويتمتع قاضى الموضوع بسلطة تقديرية إزاء سلوك المدين الذى ينطوى على إقرار ضمنى، فتلك مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض[2].

ويعتبر إقراراً ضمنياً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالاً له مرهوناً رهناً حيازياً تأميناً لوفـاء الدين. ويراعى أن ترتيب رهـن الحيـازة ينفرد بأن أثره لا يقتصر على قطع التقـادم، بل يجاوز ذلك إلى إستدامـة

---

(١) إلا أن المفاوضات التى تجرى بين الخصوم توصلاً للصلح لا تقطع التقادم، إلا إذا إعترف المدين فى خلالها بصحة الدين إعترافاً يمكن إعتباره تنازلاً عن التمسك بالتقادم، على أن هذه المفاوضات إذا أدت إلى الإقرار بالدين من جانب بعض ورثة المدين فإن الإقرار يكون حجة قاصرة على المقر (استئناف مصر ١٩٣٤/٤/٢٨ المحاماة١٥ ص١٧٣).

رد المدين على خطاب الدائن، معترفاً فيه بأصل الدين ومقرراً فى الوقت نفسه براءة ذمته منه، لا يقطع المدة، لأن الإعتراف القاطع للمدة هو الإعتراف ببقاء الدين فى ذمة المدين، أما الإقرار بالدين وبوفائه فإقرار لا سبيل إلى تجزئته (استئناف مصر ١٩٢٨/٤/١١ المحاماة٨ ص٩١١).

(٢) إن الإقرار القاطع للتقادم مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض ١٩٥٥/١٢/٨ س٦ ص١٥٦٧). الطعن٤١٣٧س٧٠ق جلسة٢٠٠١/٦/١٠.

إن المسألة المتعلقة بإنقطاع مدة التقادم مناط خضوعها لرقابة محكمة النقض هو التفرقة بين ما إذا كان قطع مدة التقادم مترتباً على إعتراف واضع اليد أو المدين بالحق المطالب به هو إعترافاً يجب الرجوع فى إستفادته إلى فعل مادى مختلف على دلالته أو إلى ورقة مقدمة فى الدعوى مختلف على دلالتها الصريحة أو الضمنية كذلك، وبين ما إذا كان مترتباً على ورقة الطلب المقدم للمحكمة بالحق المطلوب استرداده أو إقتضاؤه ففى الحالة الأولى لا رقابة لمحكمة النقض لأن حكم القاضى فيها يكون مبنياً على ما استنتجه من الأفعال أو الأوراق المقدمة المتنازع على دلالتها العقلية. أما فى الحالة الثانية فيكون النزاع قائماً على ما لورقة الطلب من الأثر القانونى فى قطع التقادم، وعلى متى تكون الورقة قاطعة، وفيم تكون، أى على ما اشترطه القانون فى ورقة الطلب من الشرائط القانونية، فيكون فصل القاضى فى ذلك فصلاً فى مسألة قانونية يخضع فيه لرقابة محكمة النقض (نقض ١٩٣١/١٢/٢٤ مجموعة عمر١ ص٣٤).

هذا الأثر ما بقى الشئ المرهون فى يد المرتهن. فمجرد ترك الدائن للشئ المرهون فى يد المرتهن وترخيصه لهذا المرتهن فى إقتضاء حقه من إيراده، يعتبر إقراراً ضمنياً قائماً أو متجدداً، أما وجود الرهن الرسمى والإمتياز والإختصاص وقيد هذه الحقوق وتجديد قيدها، فليس من شأنها جميعاً قطع التقادم، لأن المدين لا ينسب إليه فى هذه الحالة أمر مادى ينطوى على إقرار ضمنى بالدين، ومجرد وجود تأمين يكفل حق الدائن لا يكفى فى هذا الشأن».

## الفرع الثالث

## أثر إنقطاع التقادم

نعرض للقاعدة ثم نبين الإستثناءات الواردة عليها:

**(أ) القاعدة :**

يترتب على إنقطاع التقادم إلغاء المدة السابقة، ويتم إحتساب المدة من جديد من وقت إنتهاء الأثر المترتب على سبب الإنقطاع[1]. ويبدأ تقادم جديد يعقب ذلك الذى زال بالإنقطاع. والأصل أن يكون هذا التقادم الجديد مماثلاً للتقادم الأول الذى إنقطع. فإذا كان الحق يتقادم بخمس سنوات، وإنقطع التقادم أثناء سريانه، ثم زال أثر الإنقطاع، بدأ

(١) يتقصر أثر الإنقطاع على الحق الذى قطع فيه التقادم، فلا تعتبر صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما قاطعة للتقادم إلا فى خصوص هذا الحق أو ما إلتحق به من توابعه، مما يجب لزوماً بوجوبه أو يسقط كذلك بسقوطه. فإن تغاير الحقان أو تغير مصدرهما، فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعاً لمدة التقادم بالنسبة إلى الحق الآخر (نقض ١٩٣١/١٢/٢٤ مجموعة عمر١ ص٣٤).

تقادم جديد بنفس المدة تحتسب من جديد[1].

(ب) الإستثناءات:

ولكن يستثنى من تلك القاعدة حالتان:

**الأولى**: إذا قطع التقادم السابق، أياً كانت مدته، عن طريق المطالبة القضائية، وصدر حكم بالدين، وحاز الحكم قوة الأمور المقضى، فإن مدة التقادم الجديد تكون خمس عشرة سنة[2].

وينبغى التحفظ فى هذا الصدد فيما يتعلق بالحقوق الدورية المتجددة كأجرة المبانى والأراضى والفوائد. فإذا صدر حكم بالمتجمد من الدين الدورى المتجدد (أى بالمبالغ المستحقة لحين صدوره) وحاز قوة الأمر المقضى، فإن هذا الدين يتقادم بإنقضاء خمس عشرة سنة بدلاً من التقادم الخمسى، ذلك أن الدين يتحدد نهائياً بصدور هذا الحكم، وتزول عنه صفة الحلول الدورى، فيسقط بإنقضاء المدة العادية. أما ما يستحق

---

(١) تنص المادة ٣٨٥ مدنى على أنه «١- إذا إنقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسرى من وقت إنتهاء الأثر المترتب على سبب الإنقطاع، وتكون مدته هى مدة التقادم الأول. ٢- على أنه إذا حكم بالدين وحاز الححم قوة الأمر المقضى أو إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه بإقرار المدين، كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة، إلا أن يكون الدين المحكوم به متضمناً لالتزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم».

(٢) إذا صدر حكم بالدين على المدين فإن مدة التقادم تصبح ١٥ سنة، ولكن مدة تقادم الدين لا تتغير بالنسبة للكفيل حيث لم تتم مطالبته مع المدين (نقض١٧/٦/٢٠٠١ طعن٥٩٢١ س٦٢ق).

أداؤه من هذا الدين بعد صدور الحكم فيتقادم بمضى خمس سنوات من وقت الإستحقاق لأنه مازال ديناً دورياً متجدداً. وكذلك الحال إذا تضمن الحكم الصادر فوق ما سبق إلتزامات لم تزل عنها صفتها الدورية، أى إلتزامات تصبح مستحقة الأداء فى المستقبل، كالحكم بما يستحق فى المستقبل من الإيجار، ظلت هذه الإلتزامات خاضعة للتقادم الخمسى.

**الثانية:** إذا كان الحق مما يتقادم بسنة واحدة، وإنقطع تقادمه بإقرار المدين. كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة لأن الإقرار يهدم قرينة الوفاء التى يقوم عليها هذا التقادم. أما إذا إنقطع التقادم الخمسى بالإقرار، فإن مدة تقادمه لا تتغير بل تظل خمس سنوات كما هى. وإذا إنقطع التقادم الحولى بسبب آخر غير الحكم والإقرار، فإن مدة التقادم الجديد تظل كما هى أى سنة واحدة.

## المطلب الثالث

## كيفية أعمال التقادم

### (أ) وجوب التمسك بالتقادم :

- إن الإلتزام لا ينقضى بمجرد إكتمال مدة التقادم، بل لابد أن يتمسك بذلك المدين أو صاحب المصلحة فيه. ولا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها[1]. ذلك أن التقادم لا يتعلق بالنظام العام، وهو ليس سبباً حقيقياً لإنقضاء الإلتزام بل هو وسيلة لإسقاط الحق فى

(١) تنص المادة ٣٨٧ مدنى على أنه «١- لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين. ٢- ويجوز التمسك بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الإستئنافية».

المطالبة به. ولكن ليس للقاضى سلطة تقديرية فى الحكم بالتقادم، بل يتعين عليه الحكم به إذا ما تمسك بذلك ذو المصلحة. أما إذا لم يدفع صاحب المصلحة بسقوط الدين بالتقادم، فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بذلك، ولو تبين لها مضى المدة المحددة لتقادم الدين، ذلك أن التمسك بالتقادم أمر يتصل بمصلحة المدين الخاصة، ويرتبط بضميره الذى قد يأبى براءة ذمته من الدين دون وجه حق مهما طالت عليه المدة.

- ويجب أن يتم التمسك بالتقادم بصورة واضحة لا لبس فيها، ولا يكفى مجرد طلب رفض الدعوى إستناداً إلى أى سبب قانونى. وينبغى أن يتمسك المدين بالتقادم الذى ينطبق على حقه، ولا يغنيه عن ذلك التمسك بنوع آخر من التقادم[1]. وليس للقاضى أن يصحح هذا الخطأ ويقضى بالتقادم الذى يتفق وطبيعة الحق المدعى به.

- والأصل أن المدين هو صاحب المصلحة فى التمسك بالتقادم، ويجوز لخلف المدين كذلك التمسك به، سواء كان خلفاً عاماً، كالوارث، أو خلفاً خاصاً كالمحال عليه بالدين. وإذا كان هناك أكثر من مدين متضامن، وإكتملت مدة التقادم بالنسبة لأحدهم، جاز لباقى المدينين التمسك بالتقادم بقدر حصة ذلك المدين[2]، حتى تبرأ ذمتهم نحو الدائن بقدر هذه الحصة.

- ويجوز أيضاً لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالتقادم، فحائز

---

(١) الدفع بالتقادم لا يتعلق بالنظام العام، وينبغى التمسك به أمام محكمة الموضوع فى عبارة واضحة لا تحتمل الإبهام. ولا يغنى عن ذلك طلب الحكم برفض الدعوى كما لا يغنى عنه التمسك بنوع آخر من أنواع التقادم، لأن لكل تقادم شروطه وأحكامه (نقض ١٩٦٢/٥/٢٤ س١٣ ص٧٠٦).

(٢) م٢٩٢/١ مدنى. نقض ٢٠٠١/٦/١٧ طعن٥٩٢١ س٦٢ق.

العقار المرهون له مصلحة فى أن يدفع بتقادم الدين المضمون بالرهن حتى يخلص من مطالبة الدائن ويمنعه من التنفيذ على العقار. وللكفيل أيضاً مصلحة فى التمسك بتقادم الدين المكفول، ذلك أن إنقضاء هذا الدين يؤدى إلى إنقضاء التزام الكفيل بالتبعية. وأخيراً يجوز لدائنى المدين المعسر التمسك بالتقادم بإسمه عن طريق الدعوى غير المباشرة، حتى لا يشاركهم الدائن الذى تقادم حقه فى قسمة الغرماء.

- والدفع بالتقادم هو من الدفوع الموضوعية التى لا يسقط الحق فى الإدلاء بها إذا تمت المرافعة فى موضوع الدعوى، كما هو الحال بالنسبة للدفوع الشكلية، لذا يجوز التمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام المحكمة الإستئنافية. ولكن لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض.

**(ب) النزول عن التقادم :**

لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، ومن ثم يقع باطلاً كل شرط أو إتفاق يتعهد بمقتضاه المدين بعدم التمسك بالتقادم بعد إكتمال مدته[1]. وذلك حتى لا يلجأ الدائنون إلى فرض هذا الشرط

---

(١) والجدير بالذكر أنه يجوز النزول عن التقادم أثناء سريانه ويعد ذلك إقراراً قاطعاً للتقادم، ومن ثم تزول المدة التى إنقضت بالنزول عنها، ويبدأ تقادم جديد فى السريان، كما سبق أن ذكرنا بصدد إنقطاع التقادم.

تنص المادة ٣٨٨ مدنى على أنه «١- لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، كما لا يجوز الإتفاق على أن يتم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون. ٢- وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف فى حقوقه أن ينزل ولو ضمناً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه، على أن هذا النزول لا ينفذ فى حق الدائنين إضراراً بهم».

وقضى بأن النزول عن التقادم المكسب لا يجوز إفتراضه أو أخذه بالظن أو أن يستفاد من تصرف يحمل شبهة. (نقض ٢٠٠٢/٢/٢٦ الطعن ٧٠٤٤ س٦٣ق).

على المدينين ويصبح شرطاً دارجاً ومألوفاً فى التعامل، فتضيع الإعتبارات التى من أجلها قرر المشرع هذا النظام. ويسرى حظر النزول عن التقادم مقدماً على جميع أنواع التقادم، أياً كانت مدته.

أما بعد إكتمال مدة التقادم، فإنه يجوز للمدين النزول عنه صراحة أو ضمناً، ولا يُشترط فى النزول شكل معين. ويقع عبء إثباته على الدائن، طبقاً للقواعد العامة. ويستفاد النزول الضمنى من وقائع تقطع فى الدلالة عليه، ويجب أن يكون واضحاً لا غموض فيه، إذ النزول عن الحق لا يُفترض. ولقاضى الموضوع سلطة تقدير وجود النزول عن التقادم من عدمه.

ومن المقرر فى هذا الصدد أن التنازل عن التمسك بالتقادم لا يقع إلا إذا كان المتنازل على علم بثبوت حقه فى هذا الدفع، فإن كان يجهل ذلك، فإن الأعمال الصادرة منه لا تؤخذ حجة عليه، وإن أفادت التنازل عادة. ويعتبر من قبيل النزول الضمنى عرض الوفاء بالدين أو طلب مهلة لذلك أو دفع قسط من الدين أو فوائده أو تقديم تأمين عينى أو شخصى. وعلى العكس من ذلك، لا يعتبر نزولاً ضمنياً المنازعة فى أصل الدين أو الدفع ببطلان سنده.

ويشترط للنزول عن التقادم توافر أهلية التصرف فيمن ينزل عنه، ومن ثم لا تلزم أهلية التبرع، ولا تكفى أهلية الإدارة.

ولكن النزول عن التقادم لا ينفذ فى حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم. ومن ثم يجوز لهم الطعن فى هذا النزول بالدعوى البوليصية إذا تسبب فى إعسار المدين أو زاد من إعساره. ويشترط لقبول الطعن، أى لعدم نفاذ النزول فى حق الدائنين أن يكون منطوياً على غش من المدين

(أن يصدر منه النزول وهو عالم بإعساره)، وأن يكون الدائن على علم بذلك.

ويترتب على النزول عن التقادم بقاء الدين فى ذمة المدين، ويزول كل أثر للمدة التى مضت، ويبدأ من وقت النزول تقادم جديد. ويعتبر النزول بمثابة إقرار بالدين يؤدى إلى سريان تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة، إلا إذا كنا بصدد تقادم خمسى فتظل مدته كما هى.

**(جـ) الإتفاق المعدل لمدة التقادم :**

لا يجوز الإتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون[1]. ومن ثم يبطل كل إتفاق من شأنه تقصير مدة التقادم أو إطالتها. لأن تحديد هذه المدة تولاه المشرع بقواعد آمرة لتعلق ذلك بالنظام العام، ولا ينبغى أن يترك ذلك لمشيئة الأفراد، حتى لا يستغل الطرف القوى فى العقد ذلك ويطبقه لصالحه، كما هو الحال فى عقود النقل والتأمين.

ولكن المشرع يجيز، أحياناً وبنصوص خاصة، الإتفاق على تعديل مدة التقادم. مثال ذلك النص على أن تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا إنقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشترى العيب إلا بعد ذلك، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان مدة أطول[2]. ومثال ذلك أيضاً النص على أن تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة، عن عقد التأمين بإنقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التى تولدت عنها الدعاوى. إلا أنه يجوز الإتفاق على إطالة هذه المدة أو تقصيرها،

---

(١) م٣٨٨/١ مدنى.

(٢) م٤٥٢ مدنى.

إذا كان من شأن ذلك تحقيق مصلحة للمؤمن له أو للمستفيد[١].

## المطلب السابع

## أثر التقادم

**أولاً:** إذا إكتملت مدة التقادم وتمسك به المدين. فإن الإلتزام ينقضى، ولا يستطيع الدائن إلزام المدين بالوفاء به. ولا يسقط الإلتزام بمجرد إكتمال مدة التقادم، بل لابد من تمسك المدين به، فالإلتزام يظل قائماً مرتباً لكافة آثاره القانونية طالما لم يتم التمسك بتقادمه، ولو كانت مدته قد إستكملت.

**ثانياً:** ويترتب على سقوط الدين بالتقادم سقوط ضماناته الشخصية كالكفالة، والعينية كالرهن والإمتياز والإختصاص. وتسقط مع الدين كذلك فوائده وملحقاته، حتى ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات. فهذه تسقط تبعاً لسقوط الدين الأصلى. فإذا سقط الدين بالتقادم تسقط معه جميع الفوائد المستحقة عنه حتى ولو لم يمض على إستحقاقها خمس سنوات[٢].

**ثالثاً:** ويسقط دين التقادم بأثر رجعى، أى أن الدين يعتبر منقضياً منذ الوقت الذى بدأ فيه سريان التقادم، وليس من وقت إكتمال

---

(١) م٧٥٢، ٧٥٣ مدنى.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان مقتضى الفقرة الثانية من المادة ٣٨٦ من القانون المدنى أنه إذا أسقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات وكانت المبالغ الأصلية من فوائد وغرامات موضوع الطعن تعتبر من ملحقات الحق الأصلى وهو دفع الإشتراكات الذى يسقط بالتقادم الخمسى فإن تلك المبالغ الإضافية تسقط هى الأخرى مع هذا الحق (نقض ١٤/١١/١٩٧٦ س٢٧ ص١٥٧٩).

مدته، والدليل على ذلك أن الفوائد والملحقات تسقط ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بها. إذ لو إعتبر الدين منقضياً من وقت اكتمال مدة التقادم لوجب على المدين أن يدفع فوائد السنوات الخمس الأخيرة التى أنتجها الدين حيث كان قائماً لم ينقض فى هذه الفترة، ولا تسقط تلك الفوائد إلا إذا تقادمت بمدتها استقلالاً عن الدين الأصلى.

**رابعًا:** ولا يعنى سقوط الدين بأثر رجعى أن للمدين استرداد ما وفى به منه أو ما دفعه من فوائد، ذلك أن الدين فى هذه الفترة كان ديناً مستحق الأداء لأن تقادمه لم يكن قد إكتمل بعد.

**خامساً:** ومعنى سقوط الدين بالتقادم عدم إمكانية مطالبة الدائن به عن طريق الدعوى، إلا أنه يستطيع التمسك بوجود الدين عن طريق الدفع. فالتقادم يرد على الدعوى ولا يرد على الدفع. مثال ذلك أن نكون بصدد بيع باطل لم يتم تنفيذه، وبعد مرور خمس عشرة سنة رفع المشترى دعوى يطالب فيها البائع بتسليم المبيع، فإذا فرض وكانت هذه الدعوى لم تسقط بعد بالتقادم بسبب وقفه أو إنقطاعه، كان للبائع، رغم سقوط دعوى البطلان بالتقادم(١)، أن يدفع دعوى المشترى بالتقادم.

---

(١) إذا كان القانون المدنى القائم قد إستحدث فى الفقرة الثانية من المادة ١٤١ منه النص على سقوط دعوى البطلان المطلق بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد احتراماً للأوضاع التى إستقرت بمضى هذه المدة بعد صدور العقد الباطل، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه فى الدعوى على هذا الأساس فإن النعى عليه بأن البطلان المطلق لا يرد عليه التقادم يكون فى غير محله (نقض ١٩٧٥/١١/٢٥ س٢٦ ص١٤٧٧).

**سادساً:** وأخيراً يترتب على إنقضاء الدين بالتقادم أن يتخلف فى ذمة المدين إلتزام طبيعى، لا يجبر على تنفيذه، إلا أنه يظل ملتزماً بالوفاء به من الناحية الأخلاقية. ويترتب على ذلك أنه إذا وفاه المدين عن بينة وإختيار كان الوفاء صحيحاً وليس له أن يسترد ما وفاه.

**(تم بحمد الله)**



# الفهرس

| الموضــوع | الصفحة |
|---|---|

| الموضـــوع | الصفحة |
| --- | --- |

| الموضـوع | الصفحة |
| --- | --- |

| الموضـــوع | الصفحة |
| --- | --- |

| الموضـوع | الصفحة |
| --- | --- |

| الموضـــوع | الصفحة |
| --- | --- |

| الموضـــوع | الصفحة |
|---|---|

| الموضـــوع | الصفحة |
| --- | --- |